

# Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2012-2015

## Review of case-law from the EU Court of Justice, 2012-2015

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 2.1. Restricciones de la libertad fundamental. 2.2. Desplazamientos transnacionales de trabajadores. 2.3. Derecho de la competencia.—3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN. 3.1. Ley aplicable y principios generales. 3.2. Prestaciones familiares. 3.3. Prestaciones de jubilación. 3.4. Prestaciones de desempleo.—4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. 4.1. Igualdad por razón de sexo. 4.1.1. Tutela de la igualdad. 4.1.2. En materia de seguridad social. 4.1.3. Protección de la maternidad. 4.2. Prohibición de discriminación por razón de edad. 4.3. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad. 4.4. Prohibición de discriminación por razón de orientación sexual.—5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO. 5.1. Trabajo de duración determinada. 5.2. Tiempo de trabajo. 5.3. Insolvencia empresarial. 5.4. Transmisión de empresas. 5.5. Despido colectivo.

### 1. INTRODUCCIÓN

**E**n el número 107 de esta Revista se intentaba recuperar el desfase cronológico que se estaba produciendo en las reseñas de la actividad del Tribunal de Justicia. Diversos avatares han implicado que dicho desfase se acentuara incluso más en el periodo que ha transcurrido desde entonces. La presente reseña intentará ofrecer, como remedio, una síntesis de lo más destacado de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia entre 2012 y 2015<sup>1</sup>. Así se intenta recuperar

el propósito expresado en aquella crónica de 2013: «de esta manera las futuras reseñas abarcarán toda la actividad del año anterior, permitiendo una mayor inmediatez al lector».

Lo dicho entonces sigue sirviendo, en buena medida, como introducción a la presente reseña. La actividad jurisdiccional europea no deja de ganar en relevancia, como han puesto de manifiesto las recientes sentencias sobre el empleo público. El número de pronunciamientos anuales se mantiene superior a 40 y los órganos jurisdiccionales españoles son la fuente de cada vez un número mayor. Como nota institucional, paralela a la de entonces, hay que dar cuenta de que éste fue el último periodo de actividad del Tribunal de Función Pública, cu-

\* Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Dado que ya fue objeto de una reseña monográfica en un número anterior de la Revista, se ha omitido aquí la materia de libre circulación. V. J. M. MIRANDA BOTO, La jurisprudencia reciente (2010-2015) del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad*

*Social*, ISSN 2174-7504, n.º. 122, 2016 (Ejemplar dedicado a: Derecho social Internacional y Comunitario), pp. 185 y ss02

yas competencias fueron absorbidas en 2016 por el Tribunal General en el marco de una reordenación de éste.

Buena parte de las sentencias más relevantes de este periodo son, finalmente, objeto de un análisis más detallado en diferentes artículos de este número de la Revista. Se remite, pues, a ellos, el estudio en profundidad.

## 2. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

### 2.1. Restricciones de la libertad fundamental

La sentencia de 19 de junio de 2014, *Strojny Prostějov, a.s., ACO Industries Tábor s.r.o. y Odvolací finanční ředitelství*, asuntos acumulados C-53/13 y C-80/13 (ECLI:EU:C:2014:2011), estudió un nuevo aspecto laboral de la libre prestación de servicios, como es la utilización transfronteriza de empresas de trabajo temporal. En el caso de autos, dos empresas checas habían utilizado los servicios de una empresa de trabajo temporal establecida en Eslovaquia, pero que operaba en la República Checa a través de una sucursal inscrita en el Registro Mercantil checo. Dichas empresas, en calidad de usuarias, utilizaron durante un período de tiempo como mano de obra a trabajadores empleados por la empresa de trabajo temporal. La Agencia Tributaria checa les exigió a las empresas que retuvieran el impuesto sobre la renta, al recurrir a una empresa extranjera. Si se hubiera tratado de una ETT checa, la retención habría correspondido a ésta, en cambio. Considerando que esta situación podía infringir las libertades comunitarias, se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó centrando el litigio en la libre prestación de servicios, desechando todas las otras conexiones laterales que se invocaban en el planteamiento de la cuestión prejudicial. Dentro de este campo, el hecho de que se tratara de forma diferente a una ETT checa y a una ETT eslovaca implicaba una restricción indiscutible, por muy escaso que fuera

su montante. Como refuerzo, la sentencia señalaba que el perjudicado directamente no era la ETT, sino la empresa usuaria en tanto que beneficiaria de la prestación de servicios.

Estudiando la proporcionalidad y la posible justificación de la medida, el principal argumento esgrimido por el Gobierno checo era garantizar el cobro de los impuestos. Anteriormente, el Tribunal había reconocido ésta como una finalidad legítima, sobre todo en los casos en los que el prestador de servicios no estaba radicado en el Estado miembro. Ahora bien, en el caso estudiado, la presencia de una sucursal en la República Checa le daba una estabilidad a la actividad económica. A juicio del Tribunal, lo correcto habría sido hacer recaer sobre ella las obligaciones impuestas a las empresas usuarias.

El argumento secundario apuntaba a la lucha contra el fraude. El Tribunal recordó que una presunción general de evasión o de fraude fiscales basada en el hecho de que un prestador de servicios está establecido en otro Estado miembro no puede bastar para justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de los objetivos del Tratado. Descartó, por lo tanto, tal argumentación y declaró la contradicción de la práctica checa con el ordenamiento de la UE.

Por su parte, la que podría haber sido una de las sentencias más interesante de este periodo se quedó en un mero trámite marítimo. En efecto, la sentencia de 8 de julio de 2014, *Fonnship A/S y Svenska Transportarbetareförbundet, Facket för Service och Kommunikation (SEKO), y Svenska Transportarbetareförbundet y Fonnship A/S*, asunto C-83/13 (ECLI:EU:C:2014:2053), estaba llamada a ser la sentencia *Laval II* y sólo dió como resultado la confirmación de que el trabajo en el mar es extremadamente flexible en sus condiciones.

El conflicto tenía como protagonistas a un sindicato sueco y a una naviera noruega, propietario de un granelero, el *Fonnship*, abandonado en Panamá, tripulado por cuatro polacos y dos rusos sometidos todos ellos a un

convenio colectivo celebrado con un sindicato ruso con sede en Murmansk. Dicho convenio establecía salarios de 550 dólares al mes. Considerando que estos salarios no eran justos, el sindicato sueco, aprovechando que el *Fonns-hip* estaba fondeado en ese país en 2001, impidió las actividades de carga y descarga hasta que la naviera firmó un convenio colectivo que elevaba los salarios y pagaba al sindicato 1794 dólares como cuotas de adhesión y aportación a un fondo de solidaridad. Posteriormente, ambas partes se enfrentaron en litigios en los que cada una exigía de la otra una reparación económica derivada de estos hechos. La situación se repitió en 2003 a propósito de otro barco. Los pleitos parecen haberse eternizado, puesto que hasta febrero de 2013 no se recibió la cuestión prejudicial pertinente.

Y en ese punto surgió el problema. El órgano sueco no hizo caso de la petición de la naviera de preguntar por las medidas de conflicto colectivo. Se limitó a plantear una cuestión sobre la libre prestación de servicios y una sociedad propietaria de un buque con bandera de un tercer Estado. Las conclusiones del Abogado General sí contenían reflexiones interesantes al respecto, pero la sentencia fue extremadamente escueta.

Ésta recogió a la perfección el espíritu de liberalización del sector marítimo que inspira la normativa comunitaria. En sus propias palabras, «no pueden darse situaciones en las que una compañía naviera establecida en un país tercero y que presta servicios de transporte marítimo desde o hacia Estados parte del Acuerdo EEE mediante buques que enarbolan el pabellón de un país tercero disfrute de la libre prestación de servicios, a pesar de no cumplir el requisito de conexión establecido en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n° 4055/86, haciendo que reclame este derecho una sociedad establecida en el EEE y controlada por ella, so pretexto de que dicha sociedad es la prestadora de los servicios controvertidos, mientras que, en realidad, es la mencionada compañía la que los presta». El elemento decisivo para la extensión de la libertad mercantil era, pues, la efectiva pres-

tación de servicios: «para que el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n° 4055/86 sea aplicable, basta con que el prestador del servicio de transporte marítimo sea un nacional de un Estado parte del Acuerdo EEE establecido en un Estado parte de dicho Acuerdo distinto del Estado del destinatario de ese servicio».

Y de ello se seguiría, zanjó el Tribunal, que cualquier restricción que, sin justificación objetiva, haya podido prohibir, obstaculizar o restar interés a la prestación de dichos servicios debe ser declarada incompatible con el Derecho de la Unión. La sentencia *Laval* fue citada expresamente como aplicable al caso, sin desarrollar una sola línea adicional. El Tribunal, en definitiva, parece tener muy claro lo que dijo en *Laval* y no siente el menor deseo de volver sobre sus pasos<sup>2</sup>.

En una línea no muy apartada de esa tendencia, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei GMBH y Stadt Dortmund*, asunto C-549/13 (ECLI:EU:C:2014:2235) se añadió a la ominosa lista de sentencias del Tribunal de Justicia en las que las libertades mercantiles desgarran gravemente el tejido de la Europa social. La ciudad de Dortmund licitó un contrato público relativo a la digitalización de documentos y otras actividades, entre cuyas condiciones se exigía al vencedor que abonara a sus trabajadores y a los posibles empleados de las subcontratistas un salario mínimo por hora de 8,62 euros. Una de las empresas participantes en la licitación comunicó a la Administración que todas las prestaciones se realizarían en Polonia, donde tal condición no era viable. Ante la negativa de Dortmund a eximir del requisito a la empresa *Bundesdruckerei*, ésta impugnó la decisión ante un órgano de control de la competencia. Como el Tribunal de Justicia le reconoce la naturaleza de órgano jurisdiccional, la cuestión prejudicial se elevó.

<sup>2</sup> Sobre ella, más extensamente, J. M. MIRANDA BOTO, «La sentencia *Fonns-hip* o el extraño incidente del perro por la noche», *Revista de información laboral*, 10, 2014, pp. 103-119.

El hecho de que la primera sentencia citada al abordar el fondo de la cuestión fuera *Rüffert* ya podía hacer intuir por dónde iba a dirimirse el caso. En efecto, la primera declaración del Tribunal fue considerar inaplicable la Directiva 96/71/CE, puesto que no había desplazamiento alguno de trabajadores, dado que éstos no llegarían a salir nunca de Polonia, donde realizarían las tareas objeto de la licitación.

El conflicto debía situarse, pues, en el ámbito del artículo 56 TFUE, la libre prestación de servicios. De ahí que, siguiendo de nuevo *Rüffert*, «la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida».

A esa restricción se oponía la finalidad de proteger los intereses de los trabajadores y evitar el dumping social, que fue rechazada por el Tribunal recurriendo por tercera vez a los argumentos de *Rüffert*, considerándola desproporcionada. En las palabras del Tribunal, «privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos». El objetivo de protección del equilibrio de la Seguridad social siguió el mismo camino, puesto que los problemas recaerían en Polonia y no en Alemania. Una mancha negra más, en definitiva, para el Tribunal de Justicia<sup>3</sup>.

En contraste con esta sentencia, la decisión de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz*,

asunto C-115/14 (ECLI:EU:C:2015:760), trajo un inusitado soplo de aire fresco para la Europa social que en aquel momento era difícil encontrar en Luxemburgo. El caso no se diferenciaba en gran medida de acontecimientos anteriores, si bien algunos matices resultaron de enorme importancia a la hora de determinar el fallo final del Tribunal de Justicia.

Acogiéndose a las cláusulas sobre empleo y condiciones de trabajo que ampara la Directiva 2004/18/CE, en materia de contratación pública, el Ayuntamiento de Landau, en el Palatinado alemán, estableció en el contexto de la adjudicación de un contrato público de servicios postales una cláusula por la cual imponía a los licitadores y a sus subcontratistas, pagar un salario mínimo al personal que ejecutase las prestaciones objeto de esa licitación. RegioPost, una de las empresas que concurrió al concurso, consideró que dicha cláusula era ilegal y en su propuesta no respetó su contenido. Obviamente, el Ayuntamiento no la tuvo en cuenta, siendo impugnada ante los Tribunales la decisión municipal. En el curso del litigio, se planteó la cuestión prejudicial, para intentar determinar si la normativa europea era relevante en el caso estudiado, puesto que tanto la autoridad licitadora como la empresa (y las restantes empresas competidoras) se encontraban en Alemania.

Prueba de la importancia del asunto fue la participación en el litigio, además de las partes implicadas, de los Gobiernos alemán, danés, italiano, austriaco y noruego y de la Comisión Europea. Para salvar el obstáculo preliminar de las conexiones exclusivamente alemanas, el Tribunal de Justicia llevó a cabo una finta encuadrando el estudio del caso en la transposición de la Directiva 2004/18/CE y en los posibles efectos disuasorios que la normativa podría tener en prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros.

Primer gran contraste con el anterior caso *Bundesdruckerei*: la sentencia consideró sin el menor asomo de duda que la cláusula descrita constituía una «condición especial en relación con la ejecución del contrato» referida a «con-

<sup>3</sup> M. C. SALCEDO BELTRÁN, «Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales. (A propósito de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13)», *Revista de derecho social*, 67, 2014, pp. 135-144.

sideraciones de tipo social» en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE. Lo que en 2014 era una simple suposición, aquí se transformaba en afirmación rotunda. Procedía, pues, su examen de compatibilidad con el Derecho de la Unión, condición a la que siempre quedan sometidas este tipo de cláusulas. La norma de contraste, parece claro, había de ser la Directiva 96/71/CE.

El hecho de que el salario mínimo viniera impuesto expresamente por una norma general con rango de ley favoreció, sin duda, que el primer examen del Tribunal fuera positivo. Nada de lo dicho en *Rüffert* podía volver aquí a la luz, excepto para ser señalado expresamente como el modelo de actuación incorrecta por remisión. Examinando a continuación el contraste con el artículo 56 TFUE con la base en el argumento de *Rüffert* sobre la distinción entre aplicación a contratos públicos y privados, el Tribunal no encontró obstáculo alguno a la validez de la norma. Constituía un zócalo mínimo justificado por la protección de los intereses trabajadores y el hecho de que se aplicara a todos los contratos públicos le daba la suficiente naturaleza de generalidad para resistir el contraste con la doctrina jurisprudencial anterior.

En último lugar, la sentencia analizó la validez de la exclusión de la licitación que imponía la norma, considerada por la empresa como poco proporcionada. El Tribunal no acogió esta alegación, empleando como criterio de ponderación el considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE, que indica que la normativa laboral ha de respetarse en la ejecución del contrato y que su incumplimiento. Por otra parte, señaló que el cumplimiento de la obligación no resultaba gravoso en absoluto. En ocasiones anteriores el Tribunal ha condenado medidas nacionales por la burocracia que implicaba, pero no en ésta, ya que era de fácil cumplimiento.

El Tribunal de Justicia, en definitiva, ofreció en esta sentencia indicaciones muy claras de cómo poner en práctica las cláusulas de contenido sociolaboral en la contratación pública.

No deja de sorprender que en esta ocasión la Sala Cuarta estuviera compuesta por las tres personas que componían la Sala Novena, autora de la sentencia *Bundesdruckerei* indicada, y dos jueces más. ¿Tanto había cambiado el criterio de afectación al tráfico transnacional? La legitimación del dumping a distancia que supuso la sentencia de 2014, ¿habrá encontrado la horma de su zapato? Esta sentencia puede representar, en conclusión, un importante impulso a la nueva regulación de las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en los contratos públicos que entró en vigor en 2016 (y cuya transposición en España no se ha llevado a cabo en plazo)<sup>4</sup>.

## 2.2. Desplazamientos transnacionales de trabajadores

La Directiva 96/71/CE, sobre desplazamientos transnacionales de trabajadores, cuya norma complementaria vio la luz en este periodo, ha continuado presente en la actividad del Tribunal.

No obstante, la sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Tevfik Isbir y DB Services GmbH*, asunto C-522/12 (ECLI:EU:C:2013:711), tuvo una especialidad notable y fue la ausencia del elemento transfronterizo. El litigante en el pleito original trabajaba en Alemania para una empresa alemana, ciertamente en el marco de una contrata. «No obstante, [el Tribunal alemán] señala que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C 28/95, Rec. p. I 4161, y de 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C 352/08, Rec. p. I 4303), con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión deben recibir una interpretación uniforme, con independencia de que se apliquen a una situación meramen-

<sup>4</sup> J. M. MIRANDA BOTO, «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea», *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2, 2016, pp. 69-91.



te interna o transfronteriza. En el caso de autos, a su juicio, se desprende del proyecto de ley de la AEntG 2007 que el concepto de «cuantía de la remuneración mínima» al que se refiere dicha norma debería, según el legislador nacional, interpretarse de manera idéntica, tanto si se aplica a una situación interna como a una situación regulada por el Derecho de la Unión».

Así pues, lo que sirvió, en el caso concreto, como salario mínimo a efectos de una contrata transnacional debía servir como salario mínimo para una contrata interna. Era una decisión, cuando menos, arriesgada, pero coherente con la idea de una verdadera armonización legislativa. La contestación del Tribunal a este argumento no fue menos destacable: «en el marco del reparto de las funciones jurisdiccionales entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia previsto por el artículo 267 TFUE, corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho de la Unión, puesto que la competencia del Tribunal de Justicia se limita únicamente al examen de las disposiciones de este Derecho. En efecto, corresponde al Derecho interno y, por consiguiente, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, tener en cuenta los límites que el legislador nacional haya podido poner a la aplicación del Derecho de la Unión a situaciones puramente internas».

La discusión concreta versaba sobre la inclusión en la noción de «salario mínimo», a los efectos de la Directiva 96/71/CE, de las aportaciones empresariales a un «fondo de patrimonio del trabajador» y de dos pagos a tanto alzado recogidos en un convenio colectivo. Para iniciar su razonamiento, el Tribunal recordó la amplia flexibilidad que la Directiva 96/71/CE ha dejado a los Estados a la hora de caracterizar su salario mínimo. En efecto, la tarea de definir cuáles son los elementos que lo constituyen, para aplicar esta Directiva, depende del Derecho del Estado miembro interesado, con la sola condición de que esta definición, tal como resulte de la legislación o

de los convenios colectivos nacionales aplicables, o de la interpretación que de ellos hagan los tribunales nacionales, no tenga el efecto de obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros.

No obstante esta libertad, el Tribunal acuñó una regla clara: «sólo los conceptos de remuneración que no modifican la relación entre la prestación del trabajador, por una parte, y la contraprestación que éste percibe a cambio de aquélla, por otra parte, pueden ser tomados en consideración para determinar el importe del salario mínimo a efectos de lo dispuesto en la Directiva 96/71». Quedaba al Tribunal nacional determinar en qué medida esta regla reaccionaba frente a los dos conceptos discutidos, si bien apuntaba la orientación de cada uno: los pagos a tanto alzado remuneraban trabajo ordinario y las aportaciones al fondo se desligaban de éste y tenía un matiz de política social.

Junto a esta sentencia se encuentra uno de los pronunciamientos más importantes de este periodo, el caso *Sähköalojen ammattiliitto ry* de 12 de febrero de 2015, asunto C-396/13 (ECLI:EU:C:2015:86) sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. En ella se perfiló con mayor precisión la noción de salario mínimo recogida en la Directiva 96/71/CE, esta vez en el marco de un desplazamiento real de trabajadores.

En el caso analizado, una compañía con sede en Polonia, para ejecutar trabajos de electrificación en la central nuclear de su sucursal en Finlandia, celebró, en Polonia y aplicando el Derecho polaco, contratos de trabajo con 186 trabajadores. Éstos fueron desplazados a la sucursal finlandesa, siendo alojados en apartamentos situados a unos 15 km de dicha central. Los trabajadores en cuestión consideraban que la empresa no les había abonado la remuneración mínima que les correspondía en virtud de los convenios colectivos finlandeses del sector de la electrificación y del sector de las instalaciones técnicas de los edificios. Por ese motivo, cedieron con carácter

individual sus créditos salariales al sindicato Sähköalojen ammattiliitto para que procediera a su cobro. Éste defendió ante el tribunal correspondiente que las cuantías salariales calculadas eran inferiores en unos 7 millones de euros a lo debido. La empresa, por su parte, consideraba que la cesión de los créditos era incorrecta, puesto que no estaba autorizada por el Derecho polaco, donde la compañía tenía su sede. Todos estos problemas, en el marco de la interpretación de la Directiva 96/71/CE, dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial, muy extensa y que el Tribunal reorganizó, acortándola sensiblemente, para su examen.

El primer asunto abordado fue el obstáculo procesal alegado por la empresa. El Tribunal lo consideró completamente infundado. Una empresa establecida en un Estado miembro no puede alegar la legislación de dicho Estado miembro cuando un litigio sobre una materia sometida a la Directiva 96/71/CE se sustancia en otro Estado miembro, esto es, el de destino. Aceptar esta petición habría llevado a una situación absurda por completa, eliminar los mecanismos procesales de un Estado por comparación con otro. Por lo tanto, el Tribunal reconoció la legitimación del sindicato en el litigio original. De esta manera respondió a cinco de las seis preguntas planteadas por el tribunal finlandés.

A continuación se abordó el fondo del asunto: la composición del salario mínimo, que, recuérdese, es el único garantizado por la Directiva 96/71/CE para los trabajadores desplazados, pero cuya definición no ha sido armonizada por la Directiva. La cuestión prejudicial enumeraba una serie de conceptos retributivos que el Tribunal de Justicia fue analizando meticulosamente.

En primer lugar, analizó la inclusión del salario calculado por horas o por trabajo a destajo. El Tribunal de Justicia recordó que la determinación del salario mínimo es una competencia nacional; debe hacerlo, eso sí, a través de reglas transparentes, accesibles y claras. De esta forma, «el salario mínimo calculado

conforme a lo establecido en los convenios colectivos pertinentes no puede depender de la libre elección del empresario que desplaza trabajadores, con el único fin de ofrecer el trabajo de sus empleados desplazados a un precio menos elevado que el de los trabajadores locales». Una extraña declaración protectora de los derechos de los trabajadores desplazados, que no suelen ser tratados así por el Tribunal de Justicia. La comprobación de la accesibilidad, claridad y transparencia de las normas quedaba encomendada al órgano nacional.

En segundo lugar, se estudió la indemnización diaria que los convenios colectivos finlandeses imponían a los trabajadores desplazados, superior a 30 euros diarios. La finalidad de esta indemnización es «garantizar la protección social de los trabajadores de que se trata, compensando los inconvenientes debidos al desplazamiento, que consisten en el alejamiento de los interesados de su entorno habitual». Dado que la Directiva considera que los complementos correspondientes al desplazamiento se integran en el salario mínimo, esta percepción fue considerada de obligado pago por el Tribunal.

La tercera partida era un complemento de trayecto diario, que se paga en Finlandia si el desplazamiento de ida y vuelta de los trabajadores es superior a una hora. No es una compensación de gastos, sino una indemnización por las molestias. En ese caso, si el tribunal nacional consideraba que se cumplían las condiciones temporales, debía abonarse como salario mínimo, por la razón expuesta anteriormente.

El pago del alojamiento y los cheques restaurante, en cambio, no fueron considerados como salario mínimo por parte del Tribunal de Justicia. De forma tajante, el Tribunal consideró que son gastos asumidos por la empresa y que no tienen relación con la remuneración.

La última cuantía discutida era la de la paga de vacaciones. Conociendo la trayectoria del Tribunal en esta materia, era fácil anticipar que se declararía la pertinencia de su

pago: «la paga de vacaciones que debe concederse al trabajador desplazado por la duración mínima de las vacaciones anuales remuneradas corresponde al salario mínimo al que tiene derecho durante el período de referencia»<sup>5</sup>.

### 2.3. Derecho de la competencia

El encaje entre la negociación colectiva y el Derecho de la Unión Europea en materia de competencia es uno de los temas más espinosos de la Europa social. La sentencia de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media y Staat der Nederlanden*, asunto C-413/13 (ECLI:EU:C:2014:2411), estudió la situación en Holanda, donde los trabajadores autónomos pueden afiliarse tanto a sindicatos como a organizaciones patronales, quedando vinculados por los convenios colectivos que se celebren por ambos.

En 2007, la autoridad de competencia holandesa consideró que los acuerdos que afectaban a autónomos no gozaban de la exención existente para los convenios colectivos y que por lo tanto eran acuerdos colusivos. Como consecuencia de esta declaración, el convenio colectivo de músicos sustitutos de orquesta fue denunciado. A raíz de esta denuncia, un sindicato inició un litigio para que el tribunal correspondiente declarase que los acuerdos que afectaban a los músicos sustitutos autónomos tenía naturaleza de convenio colectivo de trabajo y por lo tanto no era objeto del Derecho de la competencia. Dudando sobre el alcance de la jurisprudencia comunitaria en materia, el órgano judicial holandés planteó la cuestión prejudicial.

La sentencia comenzó afirmando la propia competencia del Tribunal para analizar el fondo de la cuestión, en tanto que la normativa

holandesa era desarrollo del ordenamiento de la Unión. Los primeros razonamientos recordaron que los convenios colectivos están excluidos del ámbito del Derecho de la competencia, en tanto que dotados de objetivos propios de política social. El quid del asunto era determinar si los acuerdos cuestionados tenían o no las características de un convenio colectivo.

El Tribunal consideró que los sustitutos autónomos no son trabajadores, sino empresa y deben ser considerados como operadores económicos independientes. Una asociación de autónomos, por lo tanto, no será un sindicato, sino una asociación de empresas. Y, por lo tanto, lo que lleve a cabo será otro tipo de diálogo que no puede ser calificado como negociación colectiva.

Cuestión distinta sería si los sustitutos fueran «falsos autónomos». Recordando lo dicho en la sentencia Allonby, «el Tribunal de Justicia ya ha precisado que la calificación de «prestador autónomo» con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral».

La tarea de comprobación le correspondería al tribunal remitente, que debería estudiar, principalmente, la flexibilidad de la que disponían los sustitutos en comparación con los trabajadores ordinarios de la orquesta. Como puede suponerse fácilmente, los acuerdos de interés profesional, recogidos en la LETA, quedan severamente amenazados tras esta sentencia.

### 3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN

La jurisprudencia en esta materia sigue siendo abundante en el periodo reseñado, pero cada vez se ocupa más de cuestiones de detalle. Esto hace difícil la exportación de su doctrina a otros países, por lo cual se han seleccionado

<sup>5</sup> O. FOTINOPOULOU BASURKO, E. LARRAZABAL ASTIGARRAGA, «El salario mínimo aplicable al trabajador desplazado. Acerca de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de febrero de 2015, C-396/13», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 41, 2015.



únicamente los casos más relevantes, renunciando a cualquier pretensión de exhaustividad.

### 3.1. Ley aplicable y principios generales

La sentencia de 7 de junio de 2012, *M. J. Bakker y Minister van Financiën*, asunto C-106/11 (ECLI:EU:C:2012:328), estudió un caso realmente complicado. El demandante en el litigio principal residía en España y ejercía una actividad por cuenta ajena en dragas que navegaban bajo pabellón holandés para una empresa con domicilio social en Rotterdam. Desarrollaba primordialmente sus actividades en aguas territoriales chinas y de los Emiratos Árabes Unidos, si bien las dragas estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos. En este escenario, el Sr. Bakker pretendía eludir la inclusión en el régimen de Seguridad Social holandesa.

A éste apuntaba, en efecto, el Reglamento (CEE) n° 1408/71. Los distintos Tribunales, antes del planteamiento de la cuestión prejudicial, habían considerado que el Sr. Bakker ejercía sus actividades en buques que enarbolaban pabellón holandés, es decir, de un Estado miembro en el sentido del artículo 13, apartado 2, letra c), de dicho Reglamento. Las dudas se le plantearon al Tribunal Supremo de los Países Bajos, al considerar que su legislación nacional basa la afiliación en la residencia – lo que descartaría la conexión –, mientras que el Reglamento sigue la ley del pabellón. La sentencia recoge que la aplicación estricta del Reglamento se está poniendo en práctica de forma más habitual por la Administración de Seguridad social, lo cual puede ser una explicación de los litigios que se han planteado ante el Tribunal de Justicia estos últimos años

El Sr. Bakker justificaba en primer lugar su exclusión al considerar que una draga no es un buque. La respuesta del Tribunal descartó tajantemente esta interpretación: « en dicha disposición no se establece ningún requisito relativo al tipo de « buque » contemplado. Por otra parte, de las explicaciones facili-

tadas por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que dichas dragas disponían de un certificado de matrícula y estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos ».

El segundo argumento para la exclusión apuntaba al hecho de que las actividades de la draga tenían lugar en aguas situadas fuera de la jurisdicción de los Estados miembros de la Unión Europea, lo cual, en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmada en Montego Bay en 1982, debería conducir a su juicio a la legislación de los Estados ribereños. Recurriendo a su jurisprudencia anterior, en especial al caso *Aldewereld*, el Tribunal recordó que la mera circunstancia de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Unión no basta para excluir la aplicación de las normas de la Unión sobre la libre circulación de los trabajadores, por cuanto la relación laboral conserva una vinculación suficientemente estrecha con el territorio de la Unión. El abanderamiento en los Países Bajos, a ojos del Tribunal, era dicho vínculo estrecho.

El Reglamento designaba, pues, la legislación holandesa, pero ésta se basaba en la residencia para el acceso a su sistema, lo cual excluiría al Sr. Bakker. La respuesta del Tribunal, mostrando su *horror vacui*, fue clara: los requisitos nacionales « no pueden tener por efecto excluir del ámbito de aplicación de la legislación de que se trate a aquellas personas a las que, en virtud del Reglamento n° 1408/71, esa legislación es aplicable ». De ello se seguía la inclusión del demandante en el sistema de Seguridad social, como de hecho venía haciendo la Administración holandesa.

La sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión Europea contra Alemania*, asunto C-562/10 (ECLI:EU:C:2012:442), supuso un paso más en la ya apreciable jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de protección de la dependencia, en especial a propósito de su exportación (o con mayor precisión, la limitación de ésta). Como se recordará, Alemania ha sido

la protagonista de la mayor parte de las cuestiones prejudiciales al respecto en los últimos años, y esa litigiosidad parece ser el motivo que indujo a la Comisión Europea a plantear el recurso por incumplimiento que ahora se expone, denunciando la incompatibilidad del sistema germano con el Derecho de la Unión Europea.

La esencia de la reclamación se centra, en síntesis, en las limitaciones impuestas a las personas dependientes en otro Estado miembro: un máximo de seis semanas en la percepción de la asignación, la falta de reembolso de determinadas prestaciones en especie y la falta de reembolso por el alquiler de equipamiento asistencial y material ortopédico. La importancia del litigio puede apreciarse en las dimensiones de las alegaciones de Alemania y de la Comisión recogidas en la sentencia, de notable extensión y enjundia.

Para resolver el caso, el Tribunal comenzó repasando su jurisprudencia sobre el seguro de dependencia, que en buena medida está construida en sentencias sobre el sistema alemán. En este sentido, recordó que las prestaciones del seguro de dependencia que consistan en la asunción o en un reembolso de los gastos ocasionados por el estado de dependencia del asegurado, en particular los gastos destinados a cubrir los cuidados dispensados a domicilio por terceros así como el suministro y la instalación de equipos necesarios al asegurado, están incluidas en el concepto de «prestaciones en especie» a que se refiere el título III del Reglamento n° (CEE) 1408/71.

En lo referente a la consideración de las medidas alemanas como una restricción a la libre prestación de servicios, el Tribunal señaló que no cabe aplicar el régimen previsto para las prestaciones sanitarias y las de dependencia. Indicó, en efecto, que en particular, a diferencia de las prestaciones relacionadas con los tratamientos médicos, las prestaciones correspondientes al riesgo de dependencia, que son de larga duración en general, no están destinadas en principio a hacerse efectivas a corto plazo. La Comisión, en opinión del Tribunal, no había conseguido eliminar esa diferencia

en sus alegaciones, por lo cual no cabía una aplicación automática de la jurisprudencia existente.

El motivo fundado en la disparidad de tratamientos obtenidos en Alemania o en otro Estado miembro fue también descartado, con un argumento jurisprudencial ya clásico: «puesto que el artículo 48 TFUE prevé una coordinación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad social, y no su armonización, las normas del Tratado FUE en materia de libre circulación no pueden garantizar a un asegurado que el desplazamiento a otro Estado miembro sea neutro por lo que se refiere, en particular, a las prestaciones de enfermedad o de dependencia. En efecto, habida cuenta de las disparidades existentes entre los regímenes y las legislaciones de los Estados miembros en la materia, tal desplazamiento puede, según los casos, ser más o menos ventajoso desde el punto de vista económico para el afiliado».

La sentencia, pues, descartó todas las alegaciones de la Comisión, desestimando el recurso. Merece la pena señalar que en esta ocasión el Tribunal respaldó una defensa de la territorialidad de la dependencia, a diferencia de algunas cuestiones prejudiciales recientes, donde había entreabierto la puerta a su exportación forzando la interpretación del Reglamento (CEE) n° 1408/71<sup>6</sup>.

### 3.2. Prestaciones familiares

Este tipo de prestaciones ocupan, en los últimos tiempos, un lugar predominante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La sentencia de 12 de junio de 2012, *Waldemar Hudzinski contra Agentur für Arbeit Wesel – Familienkasse*, y *Jaroslav Wawrzyniak contra Agentur für Arbeit Mönchengladbach – Fa-*

<sup>6</sup> C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «La radical evolución de la jurisprudencia comunitaria sobre exportación de prestaciones no contributivas», *Noticias de la Unión Europea*, 319, 2011, pp. 79-88.

*milienkasse*, asuntos acumulados C-611/10 y C-612/10 (ECLI:EU:C:2012:339), estudió el caso de dos ciudadanos polacos, residentes en Polonia, que durante un tiempo habían trabajado en Alemania, uno como trabajador de temporada en la agricultura (en Polonia era trabajador por cuenta propia) y el otro como trabajador destacado. En esos periodos, solicitaron prestaciones por hijo a cargo, que les fueron denegadas, por considerar la Administración alemana que no era la competente. No considerando clara la jurisprudencia comunitaria en la materia, el órgano judicial alemán planteó la cuestión prejudicial.

De acuerdo con los preceptos relevantes del Reglamento, en ambas situaciones Polonia era el Estado competente en aplicación de los artículos 14 bis y 14 del Reglamento (CEE) n° 1408/71. La primera parte de la sentencia se pronunció con un enfoque de interpretación estricta de lo dispuesto en la normativa, mencionando la unicidad de legislaciones, el régimen de coordinación y no de armonización que regula el Derecho de la Unión, la ausencia de neutralidad... Todos estos argumentos apuntaban claramente al rechazo de la pretensión de los demandantes.

Sin embargo, a partir del considerando 45, la orientación de la sentencia cambió radicalmente, al señalar que se planteaba no obstante la cuestión de si tal Derecho se oponía a la posibilidad del reconocimiento, en especial cuando, como se deducía de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, resultaba que, en virtud de la legislación alemana, las recurrentes en los litigios principales podían beneficiarse de dicha asignación por el mero hecho de haber estado sujetas –o consideradas sujetas– al impuesto sobre la renta por obligación personal, lo que correspondería comprobar al tribunal remitente.

En la sentencia *Bosmann* de 2008, el Tribunal ya había señalado que el Reglamento no podía servir de fundamento para excluir que un Estado miembro, que no fuera el Estado competente y que no supeditase el derecho a una prestación familiar a requisitos de empleo

o de seguro, pudiese conceder tal prestación a una persona que residiese en su territorio, toda vez que la posibilidad de tal concesión estaba prevista efectivamente en su legislación nacional.

Considerando que toda la normativa en materia de Seguridad social debe interpretarse a la luz de los fines del Tratado, que recogen explícitamente la mejora de la calidad de vida de los trabajadores migrantes, el Tribunal sostuvo, como ya había hecho en *Von Chamier-Glisczinski*, que interpretar el Reglamento n° 1408/71 en el sentido de que prohibía a un Estado miembro conceder a los trabajadores y a los miembros de su familia una protección social más amplia que la que se desprendía de la aplicación de dicho Reglamento sería tanto ir más allá de sus objetivos como situarse fuera de los objetivos y del marco del artículo 48 TFUE y, con carácter general, de la libre circulación de trabajadores.

Dado que la legislación alemana establecía que tenía derecho a la asignación por hijo a cargo toda persona que, sin estar domiciliada ni residir habitualmente en el territorio nacional, estuviese sujeta –o considerada sujeta– al impuesto sobre la renta por obligación personal (lo que era el caso de los demandantes), nada se oponía a ojos del Tribunal a la concesión de la prestación por Alemania.

Ahora bien, era menester estudiar las reglas antiacumulación del Reglamento. Reconocida la facultad de Alemania para otorgar prestaciones adicionales, también le reconoció el Tribunal la capacidad de decidir si iba a tener en cuenta y, en su caso, de qué manera, la circunstancia de que existiera en el Estado miembro competente derecho a una prestación equivalente. Al no ser Alemania el Estado competente en los términos del Reglamento, sino un proveedor alternativo de prestaciones, las reglas antiacumulación ordinarias no resultaban de aplicación. Para el Tribunal resultaba inadmisibles la exclusión automática de la prestación, puesto que sólo perjudicaba a trabajadores migrantes. De ahí que considera-

ra contraria al Derecho de la UE la normativa alemana, por no prever una simple reducción de la prestación, sino su negativa.

Es ésta una sentencia curiosa, por la forma en que el Tribunal se aparta del gran criterio rector de los Reglamentos, la determinación de una legislación única. Ciertamente, le inspira un noble fin, el *favor migrantis* que ha justificado tantas aventuras jurisprudenciales. Pero la importancia de lo aquí afirmado y el coste que impone sobre las Seguridades sociales de los Estados «ricos» a los que se desplazan trabajadores desde otros Estados «menos ricos» hacen que esta sentencia merezca una observación detallada.

De 21 de febrero de 2013 es la sentencia *Patricia Dumont de Chassart y Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS)*, asunto C-619/11 (ECLI:EU:C:2013:92). En este caso el litigio se centraba en la denegación de una prestación de orfandad por parte de la Administración belga, que no había admitido como válidos los periodos de seguro del difunto en Francia, donde había residido y fallecido. La solicitante, en este caso, era la viuda, nacional belga y que se habría trasladado a Bélgica tras el fallecimiento del Sr. Dumont.

El Tribunal de Justicia comenzó precisando que el difunto Sr. Dumont estaba incluido en el ámbito del Reglamento (CEE) n° 1408/71, a pesar de que en el momento de su fallecimiento vivía como «prejubilado» de sus ahorros, sin recibir prestación alguna ni efectuar trabajo. El hecho de haber estado sujeto anteriormente al Reglamento, en la interpretación del Tribunal, era suficiente para que su régimen jurídico continuara extendiéndose a su superstite.

Establecido así el marco jurídico, en virtud del Reglamento resultaba aplicable la legislación belga, puesto que en ese país residía el huérfano. Ahora bien, Bélgica estaba obligada a conceder las prestaciones según su propia legislación nacional «como si» el trabajador fallecido hubiera estado sometido únicamente

a esa legislación. Tal es el sentido de la norma de conflicto, que remite a una legislación única para garantizar la no acumulación de prestaciones, pero también para asegurar que nadie se vea privado de protección.

El Gobierno belga sostenía en este punto que la toma en consideración por parte de las instituciones belgas competentes, a efectos de su totalización, de los períodos de actividad ejercida en otro Estado miembro exigía que una actividad mínima hubiera sido ejercida en Bélgica durante el período de referencia. Este argumento fue rechazado tajantemente por el Tribunal, que señaló, recurriendo a lo dicho en *Bergstrom*, que un Estado miembro, para conceder una prestación familiar, no puede exigir que, además de un período de seguro o de empleo cubierto en otro Estado, se haya cubierto otro período de seguro en su territorio.

No encontró el Tribunal, en definitiva, argumento alguno que sostuviese la negativa belga. Afirmó incluso, en una interpretación global del Reglamento dentro del sistema de libre circulación, que «lejos de oponerse, en un asunto como el litigio principal, a que se tomen en consideración los períodos de seguro y de empleo cubiertos por el progenitor superviviente de un hijo de un trabajador fallecido en otro Estado miembro, exigen por el contrario que se tengan en cuenta, cuando la normativa del Estado miembro competente establece que, no sólo el progenitor fallecido, sino también el progenitor superstite, si tienen la condición de trabajadores, pueden causar un derecho a prestaciones de orfandad».

La sentencia de 6 de noviembre de 2014, *Agentur für Arbeit Krefeld – Familienkasse y Susanne Fassbender-Firman*, asunto C-4/13 (ECLI:EU:C:2014:2344), se ocupó a su vez de los problemas de una ciudadana alemana, madre de un hijo, que trabajaba en Alemania y que pasó a residir, manteniendo su empleo, en Bélgica, donde su marido encontró trabajo. En el periodo litigioso, la trabajadora percibió prestaciones familiares conforme al Derecho alemán, pero no conforme al Dere-

cho belga, puesto que aunque tendría derecho a ello, su marido no solicitó la prestación. De acuerdo con la Administración alemana, en ese periodo, en virtud del Reglamento (CEE) n° 1408/71, le correspondería abonar únicamente la diferencia entre los importes debidos en Alemania y los debidos en Bélgica, y no la prestación completa. En el marco del litigio ante los tribunales alemanes, se planteó la cuestión prejudicial encaminada a aclarar la interpretación del artículo 76 del Reglamento.

Dicho precepto establece las normas de prioridad en caso de acumulación de derechos a prestaciones familiares en virtud de la legislación del Estado competente y en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia de los miembros de la familia. Conforme a él, cuando se perciben subsidios familiares por un mismo miembro de la familia procedentes de diversos Estados, prima el Estado de residencia y el Estado de actividad suspende su aportación hasta el total establecido por la legislación del primero. Es decir, en principio, Bélgica pagaría íntegramente su prestación y Alemania únicamente la diferencia entre su propia prestación y la belga.

El problema factual era que en Bélgica no se había solicitado prestación alguna. El párrafo 2 del artículo 76 del Reglamento, no obstante, prevé esta situación y permite a la Administración actuar como si se hubiera solicitado y recortar su aportación. El matiz que analizó cuidadosamente la sentencia fue la posibilidad y no la obligación de la Administración de actuar así. Esta facultad, obviamente, puede dejar al trabajador migrante que no ha solicitado la prestación en el Estado de residencia con una prestación muy reducida (por su propia actuación negligente o descuidada, podría matizarse). Pero a juicio del Tribunal, si la legislación nacional regula esta cuestión, de forma que la seguridad jurídica quede garantizada, no hay contradicción con el Derecho de la Unión. Dado que la legislación alemana recogía con total claridad la suspensión, el Tribunal de Justicia declaró la validez de la suspensión del abono de las prestaciones familiares.

### 3.3. Prestaciones de jubilación

La sentencia de 21 de febrero de 2013, *Concepción Salgado González, e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C-282/11, (ECLI:EU:C:2013:86) volvió a llevar el protagonismo a emigrantes españoles (y más concretamente, gallegos) retornados que pelean por sus pensiones.

La Sra. Salgado González había cotizado en España en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos del 1 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 1999, por un total de 3.711 días, y en Portugal del 1 de marzo de 2000 al 31 de diciembre de 2005, por un total de 2.100 días. Tras solicitar la pensión de jubilación, el INSS fijó su importe en 336,86 euros mensuales. Esta cantidad era el resultado de sumar, con arreglo al artículo 162, apartado 1, de la LGSS, las bases de cotización españolas desde el 1 de abril de 1984 (cuando la Sra. Salgado no había cotizado, puesto que se incorporó en febrero de 1989) hasta el 31 de marzo de 1999 —esto es, durante los quince años anteriores al pago por la Sra. Salgado González de la última cuota en España— y de dividir las por 210. Los años cotizados en Portugal no fueron tenidos en cuenta para el cálculo de la pensión, salvo para la determinación del periodo de carencia.

A juicio del TSJ de Galicia, el hecho de que se aplicase a los trabajadores migrantes comunitarios el divisor de 210, aunque los años cotizados en España no llegasen a quince, los situaba en un plano de desigualdad con respecto a los trabajadores no migrantes cotizantes en España. Así, habiendo realizado un esfuerzo de cotización equivalente al de un trabajador no migrante que cotizaba en España, el trabajador migrante comunitario que hubiese repartido su cotización entre España y otro Estado miembro obtendría una base reguladora tanto más inferior cuanto menos hubiese cotizado en España. Este resultado sería contrario al objetivo comunitario, previsto en el artículo 48 TFUE, consistente en evitar que



el trabajador migrante sufriese una reducción del importe de la prestación que habría obtenido si no fuera migrante.

Debe recordarse que según el artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento (CEE) n° 1408/71, la cuantía teórica de tal prestación debe calcularse como si el asegurado hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en el Estado miembro de que se trata. Ahora bien a la hora de calcular la cuantía teórica de la prestación objeto del litigio principal, el INSS no calculó la base de cotización media de la Sra. Salgado únicamente en función de los períodos de seguro cumplidos por ella en España durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cuota a la seguridad social española, tal como impone el artículo 47, apartado 1, letra g), del Reglamento n° 1408/71 y el punto 4, letra a), de la sección H de su anexo VI.

El Tribunal entendió que el periodo ficticio de tiempo añadido no era «cotización en España», lo cual suponía contradecir el Reglamento. La adición de casi cinco años sin cotizaciones para el cálculo perjudicaba notablemente a la Sra. Salgado, puesto que si no hubiera salido de España no habría recibido esos «años en blanco», sino que se habría calculado sobre cotizaciones reales.

Por todo ello, el Tribunal declaró la normativa española contraria al Derecho de la Unión. Incluso, *de lege ferenda*, se permitió señalar la utilidad de incorporar a la legislación española mecanismos de adaptación del procedimiento de cálculo de la cuantía teórica de la pensión de jubilación para tomar en consideración el ejercicio por parte del trabajador de que se trate de su derecho a la libre circulación<sup>7</sup>.

Por su parte, la sentencia de 10 de octubre de 2013, *F. van der Helder, D. Farrington y Co-*

*llege voor zorgverzekeringen*, asunto C-321/12 (ECLI:EU:C:2013:648), ilustra a la perfección la extrema complejidad de los litigios de Seguridad social comunitaria. El primero de los demandantes en el litigio original era un holandés residente en Francia que percibía prestaciones de jubilación de Holanda, Finlandia y el Reino Unido. El segundo, un británico residente en España que percibía, a su vez, jubilación holandesa y británica. En ninguno de los casos, pues, percibían prestación del Estado de residencia, lo cual conforme a los Reglamentos hace competente en materia de prestaciones en especie al Estado a cuya legislación haya estado sometido el titular durante el mayor período de tiempo. En ambas situaciones, dicho Estado era Holanda. Hasta el 1 de enero de 2006, ni el Sr. van der Helder ni el Sr. Farrington tenían la obligación de estar afiliados al régimen legal neerlandés del seguro de enfermedad. Se encontraban cubiertos por un seguro de enfermedad privado.

Como consecuencia de una modificación legislativa que volvía obligatorio el seguro de enfermedad, la Administración holandesa impuso cotizaciones a los demandantes sobre sus pensiones, situación que fue atacada en los tribunales nacionales. El eje de la argumentación era la interpretación del término «legislación», puesto que según el contenido que se le reconociera, el Estado determinado era distinto de Holanda. Para los demandantes, «legislación» equivalía a seguro de enfermedad únicamente, lo que les alejaba de Holanda. Para el tribunal holandés, significaba el seguro de pensión que daba lugar a la prestación (posición defendida posteriormente por la Comisión Europea y tres Gobiernos nacionales). Para la administración holandesa, por último, hacía mención de todas las conexiones posibles con el sistema de seguridad social. Ante esta triple posibilidad, se planteó la cuestión prejudicial.

Enfrentado a la compleja interpretación del precepto del Reglamento, el Tribunal señaló que los elementos claves para llevarla a cabo eran el contexto y el objetivo de la disposición. Dicho contexto es el artículo dedicado

<sup>7</sup> E. DESDENTADO DAROCA, «De nuevo sobre los problemas del cálculo de la base reguladora de las pensiones de los trabajadores migrantes: el caso Salgado González y la STJUE de 21 de febrero de 2013», *Revista de derecho social*, 62, 2013, pp. 149-162.

a las prestaciones en especie percibidas por jubilados. De acuerdo con el Tribunal, «la finalidad de esta disposición consiste en no penalizar a los Estados miembros cuya legislación concede un derecho a prestaciones en especie basado únicamente en la residencia en su territorio, determinando la institución a cuyo cargo corren las prestaciones en especie servidas en estos Estados según normas idénticas a las que se aplican, en virtud del artículo 28 del citado Reglamento, en el caso de los Estados miembros que no reconocen tal derecho». Por lo tanto, el precepto «crea un vínculo entre la competencia para abonar las pensiones o las rentas y la obligación de sufragar las prestaciones de enfermedad y de maternidad en especie, siendo esta obligación accesoria a una competencia efectiva en materia de pensiones o de rentas». Y la conclusión de todo ello fue que «legislación» significaba «legislación en materia de pensiones o rentas», no respaldando, por lo tanto, ni a los demandantes ni a la Administración, sino marchándose por la tercera vía.

### 3.4. Prestaciones de desempleo

Dentro de los ya de por sí complejos Reglamentos de Seguridad Social, el desempleo de los trabajadores fronterizos es una materia de especial dificultad, que ha sido objeto de diversas Decisiones de la Comisión Administrativa. La sentencia de 11 de abril de 2013, *F.P. Jeltens, M.A. Peeters, J.G.J. Arnold y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*, asunto C-443/11 (ECLI:EU:C:2013:224), es prueba de ello, en un litigio en el que intervinieron 4 Estados miembros y la Comisión, con el añadido de ser la primera vez que el Reglamento (CE) n° 883/2004 era examinado en el fondo tras su entrada en vigor, contrastándolo con la regulación anterior y su jurisprudencia.

El criterio recogido actualmente en el artículo 65 del Reglamento (CE) n° 883/2004 es atribuir la protección por desempleo al Estado de residencia en el caso de paro total de

los trabajadores fronterizos, permitiéndole además ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado competente. Durante la vigencia del Reglamento (CEE) n° 1408/71, la sentencia *Miethe* había acuñado la idea de «trabajadores fronterizos atípicos», para aquellos que habían conservado vínculos personales y profesionales particularmente estrechos en el Estado miembro de su último empleo, disponiendo en él de mejores oportunidades de reinserción profesional, lo que les permitía optar por la protección por desempleo en dicho Estado.

Los demandantes en el litigio original tenían nacionalidad holandesa, habían trabajado en Holanda, pero residían fuera de los Países Bajos. Las autoridades de Seguridad social holandesas les denegaron a todos ellos la prestación por desempleo, remitiendo tal pago al Estado de residencia en aplicación del Reglamento actual. Ellos invocaron, a su vez, la doctrina *Miethe*, para reclamar la prestación holandesa. La complejidad del asunto, donde se entremezclaron además invocaciones del efecto directo de la libre circulación de trabajadores y de la Carta de Derechos Fundamentales, llevó al tribunal nacional a plantear la cuestión prejudicial.

La primera pregunta iba encaminada a decidir la pervivencia de la doctrina *Miethe*. El Tribunal comparó meticulosamente la redacción de ambos Reglamentos, señalando las evidentes diferencias. Recurriendo como criterio adicional a los trabajos preparatorios del Reglamento (CE) n° 883/2004, incluyendo documentos de la Comisión y del Parlamento Europeo, la sentencia concluyó que la falta de mención expresa a la facultad de obtener subsidios de desempleo del Estado miembro del último empleo reflejaba la voluntad deliberada del legislador de limitar la toma en consideración de la sentencia *Miethe* estableciendo únicamente una posibilidad complementaria para el trabajador de que se tratase, que le permitiese inscribirse como solicitante de empleo en los servicios de dicho Estado miembro para obtener en él una ayuda adicional al reciclaje profesional.

Estudiando la posible colisión entre esta norma y el principio general de Seguridad social, el Tribunal señaló que el trabajador no tiene derecho a obtener la mejor prestación posible, sino que en ocasiones los criterios de los Reglamentos pueden designar una legislación no tan beneficiosa. Tal era el caso, puesto que las prestaciones holandesas eran más generosas que las de los Estados señalados por el Reglamento (si bien de más corta duración). No había colisión, por lo tanto, con la libre circulación.

Dos de los demandantes originales habían gozado de prestaciones de desempleo casi consecutivas, bajo la vigencia del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y después tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 883/2004. Analizando las complejas reglas transitorias de éste, el Tribunal optó por una interpretación flexible, extendiendo lo previsto para el Título II al Título III. Esto es, no sólo perdurarán las reglas sobre designación de la ley aplicable, sino que las reglas sobre prestaciones se mantendrán. La definición, de hecho, de «situación que se mantiene», a los efectos de las reglas transitorias, fue remitida a los Tribunales nacionales, para que consideraran todas las circunstancias del caso.

## 4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

### 4.1. Igualdad por razón de sexo

#### 4.1.1. Tutela de la igualdad

La sentencia de 19 de abril de 2012, *Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GmbH*, asunto C-415/10 (ECLI:EU:C:2012:217), retomó un tema similar al que ya se planteó en 2011 a propósito del caso *Kelly*: el acceso a la información en supuestas situaciones de discriminación. La Sra. Meister, de origen ruso, y titular de un diploma ruso de ingeniero técnico «de sistemas» cuya equivalencia con un diploma alemán había sido reconocida en Alemania, presentó su candidatura para un puesto de trabajo, siendo desestimada sin

entrevista. Meses después, la misma empresa solicitó el mismo perfil, desestimando de nuevo a la Sra. Meister, sin convocarla para una entrevista ni comunicarle ninguna información sobre los motivos de la desestimación. Considerando que había sufrido un trato menos favorable que otra persona en una situación similar, a causa de su sexo, de su edad y de su origen étnico, presentó una demanda contra la empresa, solicitando, en primer lugar, que esa sociedad le pagase una indemnización por discriminación en el empleo y, en segundo lugar, que presentase el expediente del candidato seleccionado, lo que le permitiría demostrar que está más cualificada que él.

La cuestión prejudicial, planteada por el Tribunal Supremo alemán, se centraba en la existencia de un derecho a la información derivado de las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE. La sentencia empezó recordando lo dicho en la sentencia *Kelly*: «en un primer momento incumbe a la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Sólo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación». La sentencia subrayó la importancia del papel de los tribunales nacionales en esta fase, atribuyéndoles la apreciación de esos hechos.

Retomando así mismo uno de los argumentos finales de esa sentencia, el Tribunal señaló que ciertamente no existe un derecho específico a acceder a la información para que sea posible acreditar «hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta» conforme a esa disposición. Pero también señaló que no puede excluirse que la denegación de información por la parte demandada, en el contexto de la prueba de tales hechos, puede frustrar la realización del objetivo pretendido por la citada Directiva y privar así a dicha disposición de su efecto útil, en particular.

Encauzado así el argumento hacia una solución protectora, que quedaría encomendado al Tribunal nacional, el Tribunal afirmó que era pertinente garantizar que la denegación de información por parte de la empresa en el contexto de la acreditación de los hechos que permitieran presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta en perjuicio de la Sra. Meister, no podía frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE. Debería, en especial, tomar en consideración todas las circunstancias del litigio principal a fin de determinar si existían indicios suficientes para que se considerasen acreditados los hechos que permitían presumir la existencia de tal discriminación.

El Tribunal fue en esta sentencia un paso más allá que en el caso *Kelly*. Aprovechando el hecho de que el empresario demandado en el litigio principal había denegado totalmente a la Sra. Meister el acceso a la información cuya comunicación solicitaba, ha insistido en el efecto útil e impuesto a los tribunales nacionales un deber de comprobación más intenso, a pesar de la inexistencia de derecho alguno.

El Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba, cuyo titular es uno de los más conspicuos conocedores de la cuestión prejudicial en el orden social, un asunto de gran relevancia ante el Tribunal de Justicia, cuya respuesta habría podido socavar en buena manera instituciones muy asentadas del ordenamiento español. La reciente sentencia de 17 de diciembre de 2015, *María Auxiliadora Arjona Camacho y Seguridad Seguridad España, S.A.*, asunto C-407/14 (ECLI:EU:C:2015:831), ha resuelto la cuestión.

La pregunta elevada inquiría sobre la naturaleza de la indemnización que debe imponerse en el caso de los despidos discriminatorios por razón de sexo. Conforme a la Directiva 76/207/CEE, actualmente codificada en la Directiva 2006/54/CE, los Estados miembros deben introducir en sus ordenamientos medidas que indemnicen o reparen el perjuicio sufrido

«de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido». La duda exacta versaba sobre si esa reparación incluía o no la obligación de imponer daños punitivos «para servir de ejemplo a su antiguo empresario y a otros». Esta noción es muy conocida en los ordenamientos de *Common Law*, pero no existe en Derecho español; de ahí que el Juzgado de lo Social inquiriera sobre la posibilidad de su introducción en nuestro sistema a través del efecto directo de las Directivas mentadas.

Los hechos eran sencillos: el despido de una trabajadora de una empresa de seguridad, sobre cuyo carácter discriminatorio el juez no albergaba duda alguna. Tasaba éste la indemnización por daños y perjuicios en 3000 € y deseaba conocer si en virtud de la Directiva debía imponer daños punitivos ejemplarizantes al empresario.

El Tribunal llevó a cabo una exposición de su doctrina sobre las disposiciones de la Directiva en este sentido. Recordó que los Estados gozan de una amplia capacidad de configuración, siempre que la indemnización permita «compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio». La idea de sanción, por lo tanto, no forma parte de la Directiva y puede aparecer en ordenamientos nacionales conforme a sus tradiciones jurídicas. Sería una disposición más favorable, en el sentido clásico de la doctrina sobre transposición de este tipo de normas. Pero al tener tal naturaleza, la Directiva por sí sola no puede amparar a un juez nacional en la imposición de daños punitivos.

La sentencia, en definitiva, ilustra perfectamente la diferencia entre la idea de armonización legislativa (todos los Estados deben contar con mecanismos de indemnización en los casos de despidos discriminatorios) y el margen de actuación nacional que queda tras efectuar la transposición (las medidas más favorables permiten la continuidad de las instituciones jurídicas existentes, siempre que no contradigan la Directiva). Una respuesta en sentido contrario habría trastornado por

completo el sistema tradicional español de la indemnización. Queda claro tras la sentencia que cualquier modificación en este sentido deberá provenir del legislador nacional y no del ordenamiento vigente de la Unión Europea<sup>8</sup>.

#### 4.1.2. *En materia de seguridad social*

Sin duda, a ojos españoles tuvo inmensa relevancia la sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Isabel Elbal Moreno e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C-385/11 (ECLI:EU:C:2012:746), en la que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre las reglas de aplicables a los trabajadores a tiempo parcial.

La demandante, de 66 años presentó una solicitud ante el INSS para obtener una prestación de jubilación. Anteriormente, había trabajado exclusivamente como limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana, es decir, el 10 % de la jornada legal en España, que es de 40 horas semanales. Dicha prestación le fue denegada por no reunir el período mínimo de cotización de quince años exigido en la LGSS, puesto que en virtud de ese trabajo a tiempo parcial se reconocían únicamente 656 días, del 1 de noviembre de 1991 al 30 de octubre de 2009, es decir, un período de 6.564 días, computables al 10 % en razón de la jornada parcial, y otros 329 días por asimilación, resultado del factor de corrección (1,5) establecido en la disposición adicional séptima de la LGSS.

Tras la desestimación de su reclamación, la demandante en el litigio principal interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social de Barcelona, alegando que la disposición

adicional séptima de la LGSS, en virtud de la cual se le había denegado la pensión, vulneraba el principio de igualdad, aduciendo que dicha disposición exigía un mayor período de cotización al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo, aun con el factor de corrección que supone el multiplicador 1,5, para acceder a una prestación que ya es proporcionalmente más reducida. Además, la demandante en el litigio principal sostenía que esta norma suponía una discriminación indirecta, al ser un hecho estadístico incontrovertible que las trabajadoras son las principales usuarias de este tipo de contrato (el 80%, aproximadamente).

El Tribunal inició su razonamiento descartando la condición de retribución de la pensión controvertida. Dependiendo menos de una relación de trabajo entre trabajadores y empleadores que de consideraciones de orden social, el asunto no podía ser estudiado dentro del marco del artículo 157 TFUE ni de la Directiva 2006/54/CE, pero sí en el de la Directiva 79/7/CEE, relativa al principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, motivo por el cual el Tribunal respondió únicamente a la cuarta de las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social.

En este punto, la argumentación fue rápida. La sentencia repasó la jurisprudencia consolidada sobre el criterio estadístico a la hora de demostrar la existencia de discriminaciones indirectas. Aceptando los porcentajes proporcionados por el Juzgado de lo Social, el Tribunal concluyó incontestablemente que el sistema español era discriminatorio para las mujeres.

En el terreno de la justificación de esta situación, el INSS y el Gobierno español señalaron que la exigencia de determinados períodos de cotización previos para poder acceder a determinadas prestaciones constituía la expresión de un objetivo general de política social perseguido por el legislador nacional, puesto que esta obligación era esencial en el marco de un sistema de seguridad social de tipo contributivo, en particular, para garantizar el

<sup>8</sup> E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «El derecho a igualdad en el empleo entre hombres y mujeres: la no obligatoriedad de los años punitivos. Comentario a la STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, asunto Arjona Camacho», 74, 2016, pp. 139-152.



equilibrio financiero del sistema. Por el contrario, la Comisión Europea y el Gobierno belga opinaron que la exclusión de trabajadores como la demandante en el litigio principal no parecía una medida estrictamente necesaria y que podrían haberse explorado otras alternativas menos gravosas (sin que las medidas correctoras invocadas por el Gobierno español parecieran tener efecto suficiente).

La sentencia, pues, declaró contrario al Derecho de la Unión Europea el método de cálculo de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, lo cual obligó a la reforma finalmente plasmada en el Decreto-Ley 11/2013<sup>9</sup>.

Claramente vinculada con ella, surgió la sentencia *Lourdes Cachaldora Fernández e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13 (ECLI:EU:C:2015:215). En este caso, el órgano jurisdiccional albergaba dudas sobre la compatibilidad de la normativa española con la Directiva 79/7/CEE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y con la Directiva 97/81/CE, sobre el trabajo a tiempo parcial. Concretamente, la duda surgía, en el marco del cálculo de una prestación por incapacidad permanente, a propósito de la integración de las lagunas de cotización existentes con las bases mínimas, afectadas por un coeficiente reductor en función de la parcialidad del tiempo de trabajo. El contraste se produciría al afectar ma-

yoritariamente a un colectivo femenino, que resultaría así discriminado indirectamente en el cálculo de sus prestaciones.

Atendiendo a los antecedentes protectores de la jurisprudencia al Tribunal, de antemano todo parecería indicar que la resolución afirmaría la contradicción de la norma española con el ordenamiento de la Unión Europea. En este sentido se habían pronunciado ya, de hecho, las Conclusiones del Abogado General Bot. Sin embargo, el fallo ha sido el contrario, ratificando la validez de la Ley General de Seguridad Social.

En efecto, la Gran Sala, la más cualificada de las formaciones del Tribunal de Justicia, consideró que la normativa española no implicaba discriminación alguna. Negó validez, en primer lugar, a los indicios estadísticos aportados por el TSJ, puesto que la regla impugnada se refería a situaciones específicas: «los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no son pertinentes para demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres». Señaló así mismo que la aplicación de esta norma podía tener efectos beneficiosos, en el caso de aquellos trabajadores que hubieran desempeñado toda su carrera a tiempo parcial, pero cuya última actividad profesional lo fuera a tiempo completo.

La segunda cuestión planteada se orientaba hacia la discriminación a los trabajadores a tiempo parcial, incumpliendo la regla de trato igual que establece la Directiva 97/81/CE. Esta pregunta fue despachada tajantemente por el Tribunal, que recordó que la Directiva afecta a las condiciones de trabajo, y que entre éstas no se cuentan, precisamente, las pensiones legales de Seguridad social. Recordó aquí algunas afirmaciones hechas en la sentencia *Elbal Moreno*, donde el fallo fue protector, pero sin cambiar con ello el sentido de su juicio.

Esta sentencia, en definitiva, consagró la capacidad de los Estados de configurar sus sistemas nacionales de protección social. Una

<sup>9</sup> M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Prueba del interés de esta sentencia es la abundante doctrina que ha generado: La compleja protección social de los trabajadores a tiempo parcial: los efectos explosivos e inciertos de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (As. Elbal Moreno)», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 47, 2013, pp. 47-97; M. R. MARTÍNEZ BARROSO, «Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial: a propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)», *Revista General de Derecho Europeo*, 31, 2013; J. I. GARCÍA NINET, M. A. VICENTE PALACIO, «Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social: el caso Elbal Moreno», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, pp. 241-270.

vez más, el Tribunal negó la competencia de la Unión a la hora de abordar cantidades y porcentajes. El detalle económico, pues, sigue y seguirá siendo una competencia plenamente estatal.

#### 4.1.3. *Protección de la maternidad*

La sentencia de 20 de junio de 2013, *Nadežda Riežniece y Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests*, asunto C-7/12 (ECLI:EU:C:2013:410), se originó en Letonia y trataba de una funcionaria que fue sometida a un proceso de evaluación tras haber disfrutado de un permiso parental. Como resultado de dicha valoración, su puesto de trabajo fue amortizado y ella trasladada a otro puesto dentro de la Administración, que a su vez fue amortizado tiempo después. Considerando que todo este proceso podía vulnerar las directivas 76/207/CEE y 93/34/CE, al perjudicarle el haber disfrutado del permiso, se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal reformuló las preguntas planteadas por el Tribunal Supremo de Letonia, sintetizándolas en determinar si a efectos de una evaluación de trabajadores en el marco de una amortización de puestos de funcionario debido a dificultades económicas nacionales, es conforme al Derecho de la Unión que una trabajadora en situación de permiso parental sea evaluada en su ausencia sobre la base de la última evaluación anual realizada antes del inicio del permiso parental, aplicándose nuevos criterios, mientras que los trabajadores que han permanecido en activo son evaluados respecto de un período más reciente.

La sentencia comenzó señalando que la directiva no otorga un blindaje absoluto. Prohíbe despedir por haber solicitado el permiso, pero no se opone a que un empleador, en el marco de la amortización de un puesto de trabajo, proceda a la evaluación de un trabajador que se haya acogido a un permiso parental para trasladarlo a otro puesto equivalente o similar conforme a su contrato o a su relación laboral.

Ahora bien, la evaluación no puede implicar discriminación alguna. Para el Tribunal, resultaba especialmente relevante el dato de que muchas más mujeres solicitaran el permiso, por lo cual una norma aparentemente objetiva sobre evaluación podía encubrir una discriminación indirecta. Le correspondería, pues, al Tribunal nacional examinar si los criterios empleados en la evaluación perjudicaban a quien hubiera disfrutado de un permiso. De ser así, quedaría probada la discriminación por razón de sexo.

El último aspecto que trató la sentencia fue si el traslado a un puesto que iba a ser amortizado era o no una violación de la Directiva 96/34/CE. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal consideró que era necesario averiguar si el empleador conocía dicha circunstancia futura. Si era consciente de la próxima amortización, el traslado equivalía a un despido, prohibido por la norma europea.

La casi impronunciable sentencia de 13 de febrero de 2014, *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry y Terveyspalvelualan Liitto ry, en el que interviene: Mehiläinen Oy, y Ylemmät Toimihenkilöt (YTN) ry y Teknologiateollisuus ry, Nokia Siemens Networks Oy*, asuntos acumulados C-512/11 y C-513/11 (ECLI:EU:C:2014:73), volvió a estudiar un problema aparentemente frecuente en Finlandia, como es el solapamiento entre las prestaciones de maternidad retribuidas y los permisos parentales que carecen de remuneración. Merece la pena subrayar que este caso atrajo la intervención de cuatro Gobiernos (incluido el español) y de la Comisión Europea.

En los convenios colectivos impugnados en el litigio original, para poder disfrutar de la prestación de maternidad era necesario acceder a ella desde el trabajo o desde un permiso retribuido, mientras que las trabajadoras demandantes se encontraban disfrutando de un permiso parental, una excedencia en nuestros términos, no retribuido. La protección a la que tendrían derecho en esta situación era la equivalente a la correspondiente a una enfermedad, sensiblemente inferior en lo económico a la protección de la maternidad.

El Tribunal recurrió una vez más al *iura novit curia* para plantear correctamente los términos de la cuestión, puesto que el tribunal finlandés había olvidado incluir la directiva sobre permisos parentales en su escrito. La sentencia señaló los objetivos diferentes de las directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, respectivamente sobre protección de la trabajadora embarazada y sobre permiso parental. Recordó en primer lugar que no es necesario garantizar una percepción íntegra del salario, sino que «la trabajadora cuente con unos ingresos de un importe al menos equivalente al de la prestación prevista por las legislaciones nacionales en materia de seguridad social en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud». Por sí sola, pues, la regla finlandesa cumpliría este requisito.

El problema surgía, a ojos del Tribunal, en la articulación entre los dos permisos, ambos derivados del Derecho de la Unión: «según reiterada jurisprudencia, un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho». El disfrute del permiso parental claramente condicionaba el disfrute en su integridad del permiso de maternidad, incitando a las trabajadoras a no beneficiarse del primero ante la eventualidad de un posible segundo embarazo, en línea con lo que ya había establecido en la sentencia *Kiiski*. Por todo ello, el Tribunal declaró las normas finlandesas contrarias al Derecho de la UE.

La sentencia de 6 de marzo de 2014, *Loredana Napoli y Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*, asunto C-595/12 (ECLI:EU:C:2014:128), estudió la exclusión de una mujer de un curso de formación por faltas de asistencia, derivadas del disfrute de un permiso de maternidad. En efecto, tras superar las oposiciones de la policía penitenciaria, la Sra. Napoli comenzó un periodo de formación en cuyo transcurso dio a luz. Fue dada de baja por sus ausencias derivadas del disfrute obligatorio del permiso de maternidad, lo cual a su juicio la colocaba en una situación de menoscabo frente a sus

colegas masculinos, puesto que no podía acceder a la condición de funcionario hasta haber superado dicho curso.

El Tribunal consideró que el curso constituía una condición de trabajo de las protegidas por la Directiva 2006/54/CE. La sentencia admitió que en el caso concreto no se producía un perjuicio actual para la Sra. Napoli, ya que mantenía su status, pero proyectó el perjuicio hacia el futuro, puesto que limitaba sus posibilidades de consolidación y ascenso. Aunque podrían existir razones objetivas que justificaran esta situación, el Tribunal no consideró que respetaran el principio de proporcionalidad y por ese motivo declaró la normativa italiana contraria al Derecho de la UE, atribuyendo efecto directo a los artículos de la Directiva 2006/54/CE para su invocación ante los Tribunales nacionales.

Dos sentencias del mismo día del mes de marzo trajeron a la actualidad un tema inédito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: los permisos de maternidad en la relación con las madres de sustitución. En ambos casos fue notable la abundante presencia de Gobiernos nacionales en el litigio, por la novedad y el interés del asunto. La respuesta en las dos sentencias, dictadas ambas en Gran Sala, fue coordinada y denegó la protección solicitada.

La primera de ellas, de 18 de marzo de 2014, *C. D. y S. T.*, asunto C-167/12 (ECLI:EU:C:2014:169), se ocupó del caso de una trabajadora que celebró conforme a la Ley británica sobre fecundación y embriología humana un convenio de gestación por sustitución para tener un hijo. La pareja de la Sra. D. facilitó el esperma, pero el óvulo no era de ella, que en ningún momento estuvo embarazada. Solicitó un permiso por adopción, no contemplado para su situación –ni éste ni ningún otro–, pero que consideraba apropiado para su caso. Conforme a la Ley británica, ella y su pareja gozan de la patria potestad plena.

La sentencia comenzó con una reflexión sobre la finalidad de la Directiva 92/85/CEE, sobre protección de la trabajadora embarazada.

En primer lugar, el Tribunal señaló el cuidado de su salud durante el embarazo, en tanto que época de especial vulnerabilidad. La segunda finalidad es proteger las relaciones especiales de la mujer con su hijo, tras el parto. Por lo tanto, para que estas finalidades sean reales, deben existir tanto embarazo como parto. Y en el caso de la Sra. D no había ninguno de ambos. Ciertamente, los Estados pueden adoptar medidas más protectoras, pero la Directiva 92/85/CEE no abarca en modo alguno la defensa de las madres subrogantes – con independencia de que amamanten o no, un extraño matiz introducido por la cuestión prejudicial que no tiene reflejo en el elenco de hechos relatados.

A continuación se ocupó de la posible discriminación por razón de sexo. El Tribunal comenzó recordando su abundante jurisprudencia sobre la discriminación en casos de denegación de permisos de maternidad. De acuerdo con ella, la negativa a conceder un permiso de maternidad en el supuesto al que se refiere el juez remitente constituye una discriminación directa por razón de sexo si la razón esencial de esa negativa afecta exclusivamente a los trabajadores de uno de los dos sexos. Dado que un hombre que hubiera suscrito un convenio de gestación por sustitución se encontraría en la misma posición, el Tribunal consideró que no había discriminación directa. En cuanto a la discriminación indirecta, ningún dato permitía colegir su existencia.

La segunda de ellas, de 18 de marzo de 2014, *Z. y A Government department and the Board of management of a community school*, asunto C-363/12 (ECLI:EU:C:2014:159), estudió una situación parecida. En este caso, la situación de una madre subrogante que había tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, a la que la Administración irlandesa le denegó un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a raíz del nacimiento de este niño.

En Irlanda, en contraste con el Reino Unido, no existe regulación alguna sobre la gestación por sustitución. En este país se había

producido la fecundación in vitro de los óvulos de la Sra. Z por los espermatozoides de su marido, pero la implantación en la madre de alquiler había tenido lugar en los Estados Unidos. Conforme al Derecho de California, la Sra. Z y su marido son los padres de la niña. Ahora bien, como no había habido ni embarazo ni parto ni adopción, la Sra. Z no cumplía los requisitos de la legislación irlandesa. Ante el vacío legal sobre la gestación por sustitución, la Sra. Z solicitó que se la tratara de forma equivalente a una madre adoptante, lo que le fue denegado. Todo ello llevó al planteamiento de un litigio en el que se consideró discriminada por razón de sexo, discapacidad (por la enfermedad que le impedía concebir de forma natural) y estatuto familiar. En su transcurso, se produjo la cuestión prejudicial.

El Tribunal recuperó los razonamientos utilizados en la sentencia *CD* para descartar la existencia de una discriminación por razón de sexo. En cuanto a la argumentación sobre el trato peor recibido por causa del embarazo, el Tribunal señaló que una madre subrogante que hubiera tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no podía, por definición, ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no había estado encinta de ese niño. Citando lo dicho en la sentencia *CD* antes mencionada, el Tribunal recalcó además que los Estados miembros no están obligados en virtud de la Directiva 92/85/CEE a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.

En cuanto a la equiparación con el permiso por adopción (o más bien, a la negativa a hacerlo), el Tribunal afirmó que la Directiva reconoce la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso por adopción y que las condiciones de aplicación de dicho permiso no relacionadas con el despido y la reincorporación al trabajo no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54/CE. No

apreció el Tribunal, en definitiva, discriminación alguna por razón de sexo.

En cuanto a las alegaciones basadas en la discapacidad, la sentencia recordó la importancia de la Convención de las Naciones Unidas sobre esta materia a la hora de interpretar la Directiva 2000/78/CE, como ya había hecho en la sentencia *HK Danmark*. Conforme a ella, debe entenderse que la noción de discapacidad no sólo abarca una imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta. Una interpretación distinta sería incompatible con el objetivo de la Directiva, que pretende, en particular, que una persona con discapacidades pueda acceder a un empleo o ejercerlo. En estos términos, la situación de la Sra. Z produce indudables sufrimientos, pero el Tribunal, inmisericorde, señaló que la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él<sup>10</sup>.

#### 4.2. Prohibición de discriminación por razón de edad

La sentencia de 5 de julio de 2012, *Torsten Hörnfeldt y Posten Meddelande AB*, asunto C-141/11 (ECLI:EU:C:2012:421), analizó el caso de un trabajador cuyo contrato se extinguió automáticamente el último día del mes en que cumplió 67 años, tal y como permite el Derecho sueco. Esta regla tiene una doble naturaleza, puesto que todos los asalariados gozan del derecho absoluto a trabajar hasta el último día del mes en que cumplan 67 años, fecha en la cual el contrato laboral puede ser resuelto sin que se considere que ha existido despido. El largo historial de trabajo a tiempo parcial del trabajador dio lugar a una pensión de jubilación muy reducida, lo que intentó

combatir equiparando su situación con una discriminación por razón de edad.

Para decidir sobre el asunto, el Tribunal tuvo que reflexionar sobre los objetivos de esta medida. Estudiando sus circunstancias (que no necesariamente la justificación expresa de la norma), la sentencia identificó como algunas de esas finalidades liberar puestos para los jóvenes en el mercado laboral, evitar la rescisión de contratos de trabajo en condiciones humillantes para los trabajadores por su edad avanzada, permitir una adaptación de los regímenes de pensión de jubilación que se base en el principio del cómputo de los ingresos percibidos durante toda la vida laboral, reducir los obstáculos para quienes desean trabajar una vez cumplidos los 65 años de edad, adaptarse a la evolución demográfica y anticiparse al riesgo de escasez de mano de obra y, por último, establecer el derecho, que no la obligación, de trabajar hasta la edad de 67 años. A juicio del Tribunal, todos estos motivos son válidos para establecer una regla como la discutida.

La segunda parte del análisis se dedicó a comprobar si los medios empleados para alcanzar esos objetivos eran adecuados y necesarios. En este proceso merece la pena destacar la mención de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, empleada para afirmar la necesidad de una atención especial a la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, cultural y social. Teniendo en cuenta que la regla de los 67 concede un derecho a la actividad hasta esa edad, que más allá de ella se pueden celebrar contratos de duración, que se tiene esencialmente en cuenta la circunstancia de que el trabajador obtiene, al término de su carrera profesional, una compensación económica mediante una renta de sustitución consistente en una pensión de jubilación y que existían prestaciones complementarias para quien obtuvieran jubilaciones bajas, el Tribunal concluyó declarando la compatibilidad de la medida sueca con la Directiva 2000/78/CE.

<sup>10</sup> M. J. MORENO PUEYO, «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 116, 2015, pp. 21-56.



La sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión Europea contra Hungría*, asunto C-286/12 (ECLI:EU:C:2012:687) resolvió la queja del Ejecutivo europeo contra dicho Estado por el régimen que obliga al cese de los jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años. Durante el transcurso del litigio, el Tribunal Constitucional húngaro declaró inconstitucional parte de esta normativa, lo cual no impidió el desarrollo del proceso ante el Tribunal de Justicia. Merece la pena resaltar que esta cuestión fue resuelta en 4 meses conforme al procedimiento acelerado ante el Tribunal, buena prueba de la eficacia del órgano de Luxemburgo cuando acepta emplear este mecanismo.

Frente a las acusaciones de la Comisión sobre el carácter discriminatorio de esta regulación, Hungría respondió que el descenso del límite de la edad que conllevaba el cese obligatorio de la actividad para quienes pertenecen a alguna de las categorías profesionales afectadas pretendía corregir una discriminación positiva que beneficiaba a esas personas, al ser las únicas que, a diferencia de los demás empleados del sector público, no sólo podían permanecer en sus funciones hasta la edad de 70 años, sino también, en numerosas ocasiones, acumular su salario a la pensión de jubilación a que tenían derecho desde que alcanzaban la edad de jubilación. De este modo, la reforma pretendía instaurar un equilibrio dentro de la normativa laboral general.

Para el Tribunal, resultaba obvia la existencia de una diferencia de trato. Su justificación objetiva resultaba, pues, el punto imprescindible para la resolución del litigio. El análisis debía llevarse a cabo en dos pasos, legitimidad y proporcionalidad. La adecuación de las edades de jubilación y su uniformización gozó de la aceptación del Tribunal, que consideró así mismo que establecer una estructura por edades más equilibrada que facilite el acceso de jóvenes juristas a las profesiones de juez, fiscal o notario puede constituir un objetivo legítimo de la política de empleo y del mercado de trabajo, como ya había señalado en una sentencia anterior.

Ahora bien, era menester para superar la prueba que las medidas fueran consideradas como adecuadas y necesarias para alcanzar dichos objetivos. La sentencia consideró que lo abrupto de las medidas adoptadas impedía el cumplimiento de los objetivos, puesto que perjudicaba muy seriamente a quienes ocupaban dichos puestos y no producía un relevo escalonado en las profesiones jurídicas, sino que por el contrario podía provocar un bloqueo de muchos años por causa de la falta de progresividad en la sustitución. Por todo ello, el Tribunal consideró que la normativa húngara llevaba en sí una discriminación contraria al Derecho de la Unión Europea.

La sentencia de 26 de septiembre de 2013, *HK Danmark, en representación de Glennie Kristensen y Experian A/S, en el que participa: Beskæftigelsesministeriet*, asunto C-476/11 (ECLI:EU:C:2013:590), analizó en esta ocasión un complejo régimen de jubilación en una empresa de Dinamarca, en la que se cotizaba considerablemente menos para un seguro de jubilación en función de la edad del trabajador. En el caso concreto, la Sra. Kristensen tenía menos de 35 años, por lo que cotizaba ella misma un 3% y la empresa un 6%; para los mayores de 45 años, los porcentajes eran respectivamente el 5% y el 10%. Considerando que esta diferencia podía encubrir una discriminación por razón de edad, se planteó la cuestión prejudicial.

La sentencia comenzó estableciendo la competencia del Tribunal para resolver el caso. La dificultad para ello provenía de las reglas de jubilación, que estaban establecidas en el contrato de la trabajadora, no en una ley o un convenio colectivo. El Tribunal recordó la existencia de un principio general de prohibición de toda discriminación en la Carta de Derechos Fundamentales. Merece la pena recalcar esta aparición de la Carta, puesto que no figuraba en la cuestión prejudicial, y es el propio Tribunal el que la trae a colación, recordando su importante posición en el ordenamiento comunitario. Del uso que el Tribunal haga de ella en su jurisprudencia se derivará

su eficacia real. En este caso concreto, afirmó su propia competencia al tratarse de una modalidad de retribución para el trabajador, diferente ciertamente, pero retribución en el marco de la Directiva al fin y al cabo.

La diferencia de trato era obvia, dado que la edad era el criterio para el establecimiento de las distintas escalas. El meollo de la cuestión era, pues, determinar si existía una justificación objetiva para ello. El Tribunal señaló en primer lugar la diferencia lingüística entre la versión francesa y la danesa de la Directiva 2000/78/CE. A la hora de enumerar los campos en los que pueden establecerse tratamientos diferentes, ésta última omitía la mención a las «prestaciones de jubilación o invalidez». Las demás versiones la incluía, por lo que el Tribunal entendió que procedía una visión global («En caso de divergencia entre versiones lingüísticas, la disposición de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra»). Dado que el catálogo que recoge el precepto discutido de la Directiva es un catálogo cerrado, debe ser objeto de una interpretación estricta, reforzada por su contenido de excepción al principio general. La sentencia no encontró justificación alguna que permitiera esta situación fundada, básicamente, en criterios actuariales

Ahora bien, ejerciendo una vez su *Iura novit curia*, añadió un nuevo enfoque al análisis al incorporar a la argumentación un precepto de la Directiva 2000/78/CE no invocado en la cuestión prejudicial: la justificación como medida protectora. Los argumentos exhibidos por la empresa fueron aceptados en parte por el Tribunal, que no resolvió el dilema. Ordenó por el contrario al órgano jurisdiccional nacional comprobar si la progresividad de las cotizaciones en función de la edad era congruente y sistemático, vigilando que no exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos. Sobre este último punto, debía examinar «en particular si los perjuicios derivados de la diferencia de trato señalada quedaban compensados por las ventajas ligadas al régi-

men profesional de jubilación controvertido en el asunto principal. El órgano jurisdiccional nacional debería tener especialmente en cuenta, por un lado, que la Sra. Kristensen había obtenido ventajas de este régimen, en la medida en que se había beneficiado de las contribuciones abonadas a su favor por su empresario, y, por otro lado, que el importe menos elevado de las cotizaciones patronales correspondía al importe más reducido de las cotizaciones salariales, de modo que el porcentaje del salario base que la propia Sra. Kristensen debía abonar en su cuenta de ahorro para la jubilación era inferior al abonado por un trabajador de más de 45 años».

La sentencia *Wolf* había consagrado en 2010 el criterio de que 30 años era una edad aceptable como límite de acceso al cuerpo de bomberos. Los razonamientos utilizados en aquella ocasión rozaban el tópico de «edad = forma física», pero la sentencia de 11 de noviembre de 2014, *Mario Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo*, asunto C-416/13 (ECLI:EU:C:2014:2371), proporcionó al Tribunal de Justicia la ocasión de revisar sus conclusiones. El supuesto de hecho era parecido: no era posible acceder a la Policía Local de Oviedo con más de 30 años. Sin embargo, el marco legal era completamente distinto, puesto que las distintas leyes autonómicas no están armonizadas a propósito de la edad e incluso para la Policía Nacional no existe este límite. Considerando que las exigencias físicas del puesto no son las mismas que para los bomberos, sino por el contrario más livianas, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Oviedo planteó la cuestión prejudicial al entender que la doctrina *Wolf* no era aplicable.

El Tribunal comenzó reconociendo la aplicabilidad de la Directiva 2000/78/CE al caso – no así de la Carta de Derechos, una vez más descartada por existir normas específicas. La diferencia de trato era obvia, por lo cual el Tribunal abordó directamente el problema de su justificación. Comenzó recordando lo dicho en *Wolf*, donde vinculó la posesión de capacidades físicas específicas con la edad. Dichas

capacidades son el garante del carácter operativo y del buen funcionamiento del servicio de policía, lo cual legitimaría la medida, si ésta era proporcionada.

Y en este punto la normativa asturiana no pasó la prueba. La disparidad de criterios en distintas comunidades autónomas fue valorada como un poderoso elemento en contra de la objetividad de la edad establecida. Teniendo en cuenta, además, los datos proporcionados en el marco del procedimiento, la sentencia consideró que las pruebas físicas incluidas en el proceso de selección cubrían perfectamente el objetivo discutido, al eliminar a quienes no superaran esos requisitos.

El Tribunal no halló ningún otro elemento que pudiera hacer variar su ponderación. La edad no garantizaba ningún objetivo de política de empleo, ni la formación de los agentes, ni un periodo razonable de empleo que estuviera vinculado a las edades más tempranas de jubilación. Por todo ello, la sentencia declaró la contradicción de la normativa autonómica con la Directiva 2000/78/CE<sup>11</sup>.

#### 4.3. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad

Por su parte, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, *Johann Odar y Baxter Deutschland GmbH*, asunto C-152/11 (ECLI:EU:C:2012:772), analizó el alcance de los pactos celebrados entre las partes en el marco de un plan social de reestructuración, cuando de ellos se puede desprender un perjuicio para los afectados. Tal era el caso del Sr. Odar, director de marketing en la empresa Baxter y aquejado de una discapacidad del 50%, a quien en virtud de lo dispuesto en el plan de reestructuración correspondía una indemnización de 308.253,31 euros en lugar de los 616.506,63 euros que le habrían correspon-

dido en circunstancias. Ello era así porque la posibilidad de acceder a una prestación por discapacidad grave y la proximidad a la edad de jubilación alteraban el módulo de cálculo de la indemnización. Considerándose discriminado por su situación de discapacidad y por su edad, el Sr. Odar llevó el problema a los tribunales alemanes, desde donde se planteó la cuestión prejudicial.

Curiosamente, el Tribunal se negó a responder a la primera parte de las cuestiones planteadas. Recordando que su función no es considerar problemas hipotéticos sino resolver casos reales, la sentencia señaló que la posibilidad de excluir del beneficio de las prestaciones del plan social a los trabajadores que dispusieran de una protección económica por tener derecho a una pensión de jubilación, en su caso después de haber recibido prestaciones por desempleo, no era el caso del Sr. Odar, sino una duda abstracta del Tribunal original. Por ese motivo, desechó la pregunta.

Sí entró a analizar el fondo de la segunda mitad de la cuestión prejudicial, en la que se pretendía aclarar si era contraria al Derecho de la Unión una normativa contenida en un régimen de previsión social de una empresa que establecía, para sus trabajadores de más de 54 años que eran despedidos por causas económicas, que el importe de la indemnización a la que tendrían derecho se calculase de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, contrariamente a lo previsto en el método general de cálculo, según el cual dicha indemnización se basaba en particular en la antigüedad en la empresa, de tal modo que la indemnización abonada a esos trabajadores era inferior a la indemnización que resultaba de aplicar ese método general, siendo al menos igual a la mitad de ésta última.

No había duda alguna para el Tribunal sobre la aplicabilidad de la Directiva a este caso. Siendo así, la diferencia de trato basada en la edad sólo sería admisible si estaba fundada en objetivos legítimos y los medios para alcanzarlos eran adecuados y razonables. Correspondió al Gobierno alemán exponer éstos, señalando

<sup>11</sup> A. V. SEMPERE NAVARRO, «La edad para trabajar, al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 897, 2015, pp. 2 y ss.

que la diferenciación basada en la edad entre las indemnizaciones abonadas con arreglo a un plan de previsión social perseguía, a su entender, un objetivo basado en la apreciación de que, puesto que se producirían desventajas económicas en el futuro, algunos trabajadores que no se verían expuestos a dichas desventajas a raíz de la pérdida de su empleo, o que sólo se verían expuestos a ellas de forma atenuada en comparación con otros, podían ser excluidos de esos derechos de forma general. Esto es, dado que los trabajadores de mayor edad accederían antes a la jubilación, no tenía sentido protegerles excesivamente. La disposición nacional, por lo tanto, tendría por objeto la concesión de una compensación para el futuro, la protección de los trabajadores más jóvenes y la ayuda a su reincorporación al trabajo, teniendo en cuenta, en todo caso, la necesidad de un reparto justo de los recursos económicos limitados de un plan social. El Tribunal consideró adecuados estos objetivos, pronunciándose a continuación sobre los medios empleados para su consecución.

El Tribunal valoró muy positivamente el hecho de que las medidas hubieran sido pactadas y no impuestas. Teniendo en cuenta además que la indemnización nunca sería igual a cero sino que en el peor de los casos sería equivalente a la mitad de la que le correspondería por el módulo general, la sentencia reconoció la validez del sistema controvertido.

Ahora bien, lo que servía para los trabajadores de edad, no superó el filtro para los trabajadores discapacitados. El hecho de que el plan social no hubiera tenido en cuenta sus especiales características fue severamente criticado por el Tribunal. La sentencia reflejó que los autores del acuerdo ignoraron tanto el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad grave, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo, como el hecho de que ese riesgo se incrementa a medida que se aproximan a la edad de jubilación. Por ese motivo, faltaba la proporcionalidad en la medida y el

Tribunal la declaró contraria al Derecho de la Unión Europea<sup>12</sup>.

La sentencia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 (ECLI:EU:C:2013:222), añade un nuevo hito al tratamiento de la discriminación por discapacidad en el ámbito europeo. El caso despertó el interés de nada menos que 7 gobiernos europeos, que aportaron sus observaciones al litigio.

La primera de las demandantes en el caso original, la Sra. Ring, que trabajaba como recepcionista, padecía dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento. En virtud de la legislación laboral danesa, fue despedida por haberse encontrado 120 días de baja por enfermedad dentro de un año a raíz de dichas dolencias. Por su parte, la Sra. Skouboe Werge trabajaba como secretaria asistente de dirección, y como consecuencia de un accidente de circulación sufrió un «latigazo cervical». Dicha situación le impidió trabajar, siendo despedida con el mismo fundamento. La sentencia recoge que estas lesiones condujeron al reconocimiento de una discapacidad del 65%. El sindicato del que ambas formaban parte, HK, consideró que ambas debían ser consideradas como discapacitadas y no como simples enfermas, y que por lo tanto su despido era discriminatorio. Las dudas del órgano danés sobre esta valoración, fuertemente contestada por las respectivas empresas, llevó al planteamiento de la cuestión prejudicial.

Las dos primeras preguntas planteadas buscaban aclarar si el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o

<sup>12</sup> T. VALERIANA DE VIRGILIO, «La Corte di Giustizia interviene sul diritto alla parità di trattamento e divieto di discriminazione dei lavoratori per ragioni di età o handicap (nota a C. Giust. 6 dicembre 2012, Johann Odar v. Baxter Deutschland GmbH, causa C-152/11)», *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerche*, 23, 1, 2013, pp. 251-258.

sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente. Un rasgo especialmente destacado de esta sentencia es la utilización por parte del Tribunal de Justicia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Discapacidad como canon de interpretación de la Directiva 2000/78/CE. En efecto, la sentencia contrastó lo ya dicho por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Chacón Navas* con el texto internacional.

En síntesis de todo ello, el Tribunal afirmó que si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. Matizó la sentencia, eso sí, que la circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad»: discapacidad es obstáculo, no impedimento, lo cual encaja plenamente en la finalidad de la Directiva. Las medidas de adaptación que ésta recoge son la consecuencia de la discapacidad, no la condición de existencia de ésta.

La tercera pregunta giraba en torno a esas medidas y concretamente si los ajustes del tiempo de trabajo podían ser considerados como tales. La mención de la Directiva 2000/78/CE a las «pautas de trabajo» abría el camino a esta interpretación. Recurriendo de nuevo a la Convención de la ONU como canon, el Tribunal estableció que la noción de medidas debía entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Correspondería al juez nacional, no obstante, comprobar la razonabilidad de esta

medida y lo oneroso de su ejecución (en el caso concreto, el hecho de que la Sra. Ring hubiera sido sustituida por una trabajadora a tiempo parcial parecía indicar que el juez nacional debería fallar a favor de la demandante).

Encadenando el razonamiento, la sentencia concluyó a continuación que no era admisible que se procediera al despido cuando las bajas eran consecuencia de la falta de adaptación. Analizar la situación donde las medidas o su ausencia eran la causa de la baja requirió un razonamiento más intenso por parte del Tribunal. Al considerar que el despido por bajas de 120 días se aplicaba tanto a los discapacitados como a los enfermos no discapacitados, el Tribunal no apreció la existencia de discriminación directa alguna. Ahora bien, sí entendió que un trabajador discapacitado estaba más expuesto a este riesgo de despido y que por lo tanto podría tratarse de una discriminación indirecta.

Esta situación requería un análisis ponderado de la medida. De acuerdo con el Gobierno danés y las empresas demandadas, era un acto protector, ya que se producía un reembolso de las prestaciones por enfermedad y de esa manera los empresarios «acordaban una mayor paciencia» a los trabajadores en esta situación. El Tribunal resolvió en este caso que correspondía al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador danés, al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no había tenido en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad<sup>13</sup>.

A su vez, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Fag og Arbejde (FOA)*, por cuenta

<sup>13</sup> L. WADDINGTON, «HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): interpreting EU equality law in light of the UN Convention on the rights of persons with disabilities», *European anti-discrimination law review*, 17, 2013, pp. 11-21.



de Karsten Kaltoft, y *Kommunernes Landsforening (KL)*, asunto C-354/13 (ECLI:EU:C:2014:2463), añadió una nueva visión al estudio de la discapacidad, al analizar la situación de un trabajador afectado por una obesidad mórbida. El demandante en el litigio original, un ciudadano danés cuidador de niños a domicilio por cuenta de un Ayuntamiento, fue despedido, alegando la Administración que la extinción se debía al descenso de número de niños en el municipio. Él sostenía, por el contrario, que la causa del despido era su obesidad, que había sido comentada en sus evaluaciones y en las charlas previas a la extinción. El sindicato del que formaba parte consideró que esta actuación era una discriminación por razón de discapacidad y en el marco del proceso judicial se planteó la cuestión.

Para resolverla, el Tribunal comenzó recordando que la prohibición de la discriminación es un principio general del Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, ningún texto del acervo se refiere a la obesidad como tal, tanto en el Derecho originario como en el Derecho derivado. Descartó sucesivamente el artículo 10 TFUE, el artículo 19 TFUE, la Carta de Derechos Fundamentales y la Directiva 2000/78/CE.

El órgano judicial remitente no debía ignorar las altas probabilidades de que esta interpretación fuera la dada por el Tribunal, ya que planteó una última pregunta en la que identificaba la obesidad mórbida con la discapacidad. El Gobierno danés intentó bloquear la admisibilidad, alegando el carácter hipotético de la cuestión, dado que el trabajador no tenía status alguno de discapacitado. El Tribunal hizo caso omiso y entró al fondo del asunto.

Nuevamente, como ya hizo en *HK Danmark*, recurrió a la Convención de las Naciones Unidas sobre la discapacidad para delimitar su significado: una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Esta noción implica tanto la imposibilidad como la dificultad para el ejercicio de una actividad profesional. No cabe, por otra parte, hacer distinciones en función de la causa de la discapacidad, ni siquiera atendiendo a la medida en que la persona haya podido o no contribuir a ella.

Por sí misma, la obesidad no es discapacidad, indicó la sentencia. «En cambio, en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78/CE».

Esta doctrina general se traducía, sobre el terreno, en que el Tribunal remitente debería comprobar en qué medida la obesidad había influido en la carrera profesional del demandante<sup>14</sup>.

#### 4.4. Prohibición de discriminación por orientación sexual

La sentencia de 25 de abril de 2013, *Asociația ACCEPT y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, asunto C-81/12 (ECLI:EU:C:2013:275), estudió las grotescas declaraciones de un directivo del Steaua de Bucurest, político dado a la demagogia por añadidura, en las que afirmaba que nunca contrataría a un jugador homosexual. Tales frases fueron denunciadas por una asociación dedicada a la lucha contra la homofobia y la

<sup>14</sup> A. TAPIA HERMIDA, «La obesidad como causa de despido (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13)», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 384, 2015, pp. 217-222.

tutela de los colectivos homosexuales. El órgano rumano competente consideró que esta situación no entraba en el ámbito de aplicación de una posible relación laboral y que las declaraciones del directivo no podían considerarse pronunciadas por un empresario o por su representante legal, ni por alguien encargado de la contratación de personal, aun cuando el sujeto tuviera la condición de accionista del Steaua en la fecha de sus declaraciones. Los tribunales rumanos no fueron capaces de dar una respuesta coherente, lo cual conllevó el planteamiento de la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó su análisis recordando que la existencia una discriminación directa no presupone la identificación de un denunciante que sostenga que ha sido víctima de tal discriminación, sino que una asociación puede tomar la iniciativa en su combate. Así mismo, subrayó la naturaleza económica de la actividad deportiva en este caso, lo cual la situaba plenamente en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En cuanto a la responsabilidad del autor de las palabras, el Tribunal indicó que un empresario demandado no puede refutar la existencia de hechos que permiten presumir que practica una política de contratación de personal discriminatoria simplemente sosteniendo que las declaraciones que sugieren la existencia de una política de contratación homófoba emanan de quien, aunque afirma y parece desempeñar un papel importante en la gestión de dicho empresario, carece, desde el punto de vista jurídico, de capacidad necesaria para vincularlo en materia de contratación de personal. «El hecho de que, en una situación como aquella de la que trae causa el litigio principal, tal empresario no se distanciara claramente de las declaraciones controvertidas constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta por el tribunal que conoce del litigio, en una apreciación global de los hechos».

En cuanto a la traslación de la carga de la prueba, que era considerada como diabólica

por la parte demandada, el Tribunal señaló la amplitud de medios posibles. La existencia de indicios concordantes, por ejemplo, permitiría esta defensa, sin ser necesario que la parte demandada demostrase que en el pasado se contrató a personas con determinada orientación sexual, pues, en determinadas circunstancias, tal exigencia podría violar el derecho al respeto a la vida privada.

Las consideraciones finales sobre la eficacia de las sanciones fueron remitidas por el Tribunal de Justicia al órgano nacional, señalando que si los plazos nacionales evitaban un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio, el régimen rumano sería contrario al Derecho de la Unión.

## 5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO

### 5.1. Trabajo de duración determinada

En la sentencia de 26 de enero de 2012, *Bianca Küçük y Land Nordrhein-Westfalen*, C-586/10 (ECLI:EU:C:2012:39), se estudió la situación de quien trabajó al servicio de *Land Colonia* durante 11 años, en virtud de 13 contratos de trabajo de duración determinada, todo ellos celebrados para sustituir a asistentes cuya relación laboral era de duración indefinida que disfrutaban de permisos temporales. La trabajadora consideraba que su relación era indefinida puesto que semejante acumulación no podía responder en ningún caso a una necesidad temporal de sustitución de personal.

El Tribunal, pues, tuvo que dirimir si constituía una «razón objetiva» la necesidad de sustitución de un trabajador indefinido por otro temporal aunque la necesidad de sustitución fuera permanente o frecuente y si ello era diferente a una «necesidad permanente y duradera» por tratarse de ausencias y sustituciones de duración limitada. Para ello, recordó que esta noción debía ser entendida como circunstancias específicas y concretas que caracterizaban una determinada acti-

vidad. Por lo tanto, podían justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, circunstancias que pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran dichos contratos o en la persecución de un objetivo legítimo de político por parte de un Estado y que, por ello, no cubre disposiciones que se limiten a autorizar de manera general y abstracta la utilización de sucesivos contratos de trabajo.

Por ello, una norma que permitiese la renovación de contratos de duración determinada para sustituir a otros temporalmente que no podían ejercer sus funciones no sería, en sí misma, a la Directiva 1999/70/CE pues podría constituir una de las razones objetivas permitidas, máxime cuando la sustitución persigue objetivos de política social legítimos como la protección de embarazo o maternidad. Para la Comisión Europea, la amplitud del periodo durante el que la trabajadora había estado empleada podía poner de manifiesto un abuso en el sentido de la Directiva. Por ello la sentencia, tras recordar que «los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de la relación laboral», afirmó que el mero hecho de que una necesidad de sustitución de personal pudiese cubrirse con contratos de duración indefinida no abocaba a que el recurso por un empresario a contratos de duración determinada frente a carencias temporales de personal recurrentes, actuase necesariamente de modo abusivo y que la exigencia automática de conclusión de contratos de duración indefinida – cuando la dimensión de la empresa o de la entidad afectada y la composición de su personal implican que el empresario hace frente a una necesidad recurrente o permanente de sustitución de personal – iría más allá de los objetivos pretendidos por el Acuerdo marco de los interlocutores sociales europeos al que da aplicación el Derecho de la Unión y vulneraría el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros y a los interlocutores sociales. Pero concluyó que, en cada supuesto específico, correspondía al órgano nacional apreciar si la renovación de

un contrato de duración determinada estaba justificada por una razón objetiva (como la necesidad temporal de sustitución) teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, incluidos el número y la duración acumulada de los contratos de duración determinada celebrados en el pasado con el mismo empresario<sup>15</sup>.

A su vez, la sentencia de 8 de marzo de 2012, *Martial Huet y Université de Bretagne occidentale*, asunto C-251/11 (ECLI:EU:C:2012:133), no se ocupó, como es habitual, del transcurso de una relación laboral de duración determinada, sino de los conflictos que se producen con la transformación de ésta en una relación por tiempo indefinido. Tal fue el caso del Sr. Huet, que tras varios años con contratos temporales en una Universidad francesa, al obtener un contrato indefinido vio sus condiciones laborales notablemente empeoradas. La cuestión se planteó, de forma bastante genérica, en el marco de la Directiva 1999/70/CE, si bien esta indefinición no fue obstáculo para que el Tribunal se pronunciara, identificando los preceptos concretos de ésta que resultaban aplicables en la situación.

El pronunciamiento fue, cuando menos, curioso. El Tribunal autojustificó su intervención, pero a lo largo del razonamiento fue descartando la aplicación de la directiva, dado que lo estudiado era un contrato indefinido. Finalmente, eso sí, retomó un argumento aportado por el Gobierno francés, según el cual si un Estado miembro permitiese que la transformación de un contrato de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido se acompañara de modificaciones sustanciales de las cláusulas principales del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el agente contractual cuando

<sup>15</sup> S. ROBIN-OLIVIER, P. RÉMY, La protection des travailleurs «atypiques» est-elle en régression?: Double réflexion sur l'arrêt «Kücük» de la Cour de justice, *Revue de droit du travail*, 11, 2012, pp. 645-659.

los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones siguiesen siendo los mismos, no cabe excluir que éste podría ser disuadido de celebrar el nuevo contrato que se le propone, perdiendo de este modo la estabilidad en el empleo concebida como un componente primordial de la protección de los trabajadores. No obstante, esta tarea de control quedaba encomendada a los órganos nacionales, puesto que el Tribunal consideró que nada en la directiva exigía la repetición en el contrato indefinido de las cláusulas presentes en los contratos temporales.

En la sentencia de 13 de marzo de 2014, *Małgorzata Nierodzik y Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr Stanisława Deresza w Choroszczy*, asunto C-38/13 (ECLI:EU:C:2014:152), se estudió el caso de una enfermera polaca que celebró un contrato de trabajo temporal con una duración de cinco años y que permitía a su empleador resolverlo con un simple preaviso de dos semanas, sin invocar causa alguna. Esta situación era manifiestamente peor que la se daba en el caso de los contratos indefinidos y considerando vulnerada la Directiva 1999/70/CE se planteó la cuestión prejudicial. La sentencia comenzó reflexionando sobre el carácter o no de condición de trabajo de los términos de la extinción. Obviamente, los consideró como tal, puesto que lo contrario supondría privar a los trabajadores temporales de protección en el aspecto más sensible de la relación laboral.

Establecido este punto, el Tribunal procedió a comparar la situación de los trabajadores temporales con los indefinidos, para determinar si existía un trato peor, proscrito por la Directiva. Señalando la importancia de que la trabajadora había ocupado el mismo puesto durante largo tiempo con un contrato indefinido, el Tribunal remitió al órgano nacional la comprobación fáctica. Las supuestas razones objetivas invocadas por el Gobierno polaco fueron desechadas, puesto que el Tribunal siempre ha insistido en que la mera naturaleza temporal de un contrato no es razón

objetiva suficiente para justificar una disparidad de trato.

La sentencia de 13 de marzo de 2014, *Antonio Márquez Samohano y Universitat Pompeu Fabra*, asunto C-190/13 (ECLI:EU:C:2014:146), analizó el caso de un profesor asociado que encadenó sucesivos contratos hasta que le fue notificado su cese. Alegaba que la docencia universitaria era su principal actividad, lo cual no le hacía susceptible de ser contratado como profesor asociado, y que las sucesivas prórrogas eran contrarias a la Directiva 1999/70/CE.

Contra las objeciones del Gobierno español, el Tribunal consideró que esta figura queda dentro del ámbito de aplicación de la directiva. La inexistencia de un trabajador indefinido comparable no es óbice para ello, según la sentencia, puesto que tal figura sólo tiene relevancia a la hora de confirmar o no la existencia de una discriminación.

A juicio del Tribunal, la figura de profesor asociado —entendida en el rectísimo sentido de la literalidad de la Ley Orgánica de Universidades y no en el uso pervertido que se le da en algunas de éstas— cumple con las causas objetivas que pueden justificar un contrato de duración determinada, puesto que permite «alcanzar el objetivo perseguido, que consiste en enriquecer la enseñanza universitaria en ámbitos específicos mediante la experiencia de especialistas reconocidos, dado que estos contratos permiten tener en cuenta la evolución tanto de las competencias de los interesados en los ámbitos de que se trate como de las necesidades de las universidades».

Ahora bien, la sentencia señaló que este tipo de contratos «no pueden renovarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente». Esta declaración, a ojos del comentarista, puede echar abajo todo el sistema español de contratación de profesores asociados. Con este fundamento, el Tribunal encargó al órgano jurisdiccional nacional su-

pervisar que no se están usando de modo fraudulento este tipo de figuras contractuales<sup>16</sup>.

Por su parte, la sentencia de 3 de julio de 2014, *Maurizio Fiamingo, Leonardo Zappalà, Francesco Rotondo y otros y Rete Ferroviaria Italiana SpA*, asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C-407/13 (ECLI:EU:C:2014:2044), ha estudiado los mecanismos de prevención de uso abusivo que los Estados deben adoptar.

Los protagonistas del caso eran marinos contratados temporalmente (la sentencia contiene una errata que indica que eran objeto de «contratos por tiempo indefinido sucesivos») para trabajar a bordo de transbordadores integrados en la red ferroviaria italiana. Todos ellos trabajaron para su empleador un espacio de tiempo inferior a un año y transcurrió un periodo inferior a 60 días entre el cese de un contrato de trabajo y la conclusión del siguiente. Discutida judicialmente la transformación en contratos indefinidos, se planteó la cuestión prejudicial.

La existencia de una Directiva específica sobre trabajo en el mar, consecuencia del Convenio de la OIT de 2006, obligaba a decidir al Tribunal si las disposiciones de la Directiva 1999/70/CE eran aplicables o no a los trabajadores del caso. La sentencia recordó el amplio campo de aplicación de la Directiva, que si bien no es ilimitado, cubre a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador. Las excepciones nacionales permitidas por la norma no pueden tener como resultado que se excluya arbitrariamente a una categoría de personas de la protección dispensada.

Las alegaciones de la empresa y de los Gobiernos italiano y noruego sobre la aplicabi-

lidad de las disposiciones relativas al sector marítimo fueron rechazadas por el Tribunal. En concreto, los artículos de la Directiva 2009/13/CE sobre el contrato de enrolamiento marítimo han de aplicarse sin perjuicio de las disposiciones más específicas del Derecho de la Unión. En todo caso, la Directiva no era de aplicación, ya que los transbordadores donde trabajaban los demandantes nunca abandonaban aguas interiores. La Directiva 1999/70/CE, por lo tanto, era el régimen aplicable a la situación estudiada.

Establecido esto, la cuestión prejudicial inquiría si la normativa italiana aplicable, que regulaba que los contratos de duración determinada deben señalar su duración pero no su término, era contraria al Derecho de la Unión. En su línea habitual, el Tribunal señaló que la Directiva no busca armonizar todas las normas nacionales relativas a los contratos de este tipo, sino crear un marco general de prescripciones mínimas. Por ello, no contiene disposición alguna sobre los conceptos formales que deben figurar en los contratos. De ahí concluyó que el Tribunal que la regla nacional no era contraria al Derecho de la UE, puesto que la inclusión de la duración ya era indicio suficiente para considerar a los trabajadores del caso como titulares de contratos de duración determinada.

La tercera y la cuarta pregunta eran las más enjundiosas de la cuestión prejudicial, puesto que buscaban determinar si la mera indicación del viaje era a la vez objeto y causa del contrato de duración determinada y constituía una razón objetiva suficiente para su temporalidad y si los mecanismos encaminados a combatir el encadenamiento de este tipo de contratos eran conformes al Derecho de la Unión.

El Tribunal recordó, cosa llamativa en estos tiempos, que la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo en ciertas circunstancias pueden responder simultáneamente a las necesidades

<sup>16</sup> M. MIÑARRO YANINI, «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea alivia la gestión de las universidades: el carácter temporal de los «asociados» de «pata negra» (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13)», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 376, 2014, pp. 150-154.



de los empleadores y de los trabajadores. De ahí que los contratos de duración determinada hayan de ser la excepción y no la regla en el mercado de trabajo europeo.

Ahora bien, las medidas de las que habla el artículo 5 están encaminadas en principio a prevenir el abuso en la repetición de estos contratos. Los Estados gozan de un margen de decisión a la hora de establecer las medidas concretas en sus ordenamientos, pudiendo escoger entre las razones objetivas para la renovación, una duración máxima total de contratos o el número de renovaciones, entre otras figuras. Y a ellos les corresponde en exclusiva fijar el tipo de sanción que conlleva el incumplimiento. La transformación en contrato indefinido no es una obligación general, sino que es competencia de los Estados determinar cuándo ésta se produce.

Si bien el Tribunal no podía entrar a examinar la normativa italiana, ofreció al tribunal italiano una serie de indicios que éste debía valorar para determinar la validez de la cláusula sobre encadenamiento de contratos. El más relevante entre ellos era que el intervalo de 60 días entre los contratos puede considerarse, en general, suficiente para interrumpir cualquier relación laboral existente y, en consecuencia, hace de modo que cualquier contrato eventual firmado con posterioridad no se considere sucesivo, y ello tanto más cuanto que, como sucede en los asuntos principales, la duración de los contratos de trabajo de duración determinada no puede superar los 78 días. Esta afirmación teórica, no obstante, debía ser verificada por el órgano nacional para garantizar que la duración máxima de un año prevista por la normativa nacional controvertida en el asunto principal se calcula de modo que conduzca a reducir sustancialmente el carácter definitivo de la prevención y de la sanción del uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada sucesivos.

Una sentencia que puede tener consecuencias muy considerables es la de 26 de noviembre de 2014, *Raffaella Mascolo* (asunto C-22/13), *Alba Forni* (asunto C-61/13),

*Immacolata Racca* (asunto C-62/13) y *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, en el que participan: *Federazione Gil- da-Unams*, *Federazione Lavoratori della Conoscenza (FLC CGIL)*, *Confederazione italiana del lavoro (CGIL)*, y *Fortuna Russo* (asunto C-63/13) y *Comune di Napoli*, y *Carla Napolitano*, *Salvatore Perrella*, *Gaetano Romano*, *Donatella Cittadino*, *Gemma Zangari* (asunto C-418/13) y *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13 (ECLI:EU:C:2014:2401). Las implicaciones que de ella se derivaban para nuestro sistema de empleo público fueron pasadas por alto en su momento, pero no era difícil ver en ellas la semilla de las recientes sentencias de septiembre de 2016.

En el caso se estudiaron las reclamaciones de varios trabajadores, miembros del personal de colegios públicos. Todos ellos habían encadenado sucesivos contratos de trabajo, que acumulados sumaban varios años. Tras exigir de la Administración italiana para lograr la fijeza de sus contratos, ésta se negó, señalando que la normativa sobre contratos de sustitución en plazas como las cuestionadas no daban derecho a su consolidación ni a la obtención de indemnización alguna. La complejidad del caso llevó al planteamiento de varias cuestiones prejudiciales por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y del Tribunal constitucional italiano, a propósito de la concordancia de dicha legislación con la Directiva 1999/70/CE.

La sentencia, muy larga (122 apartados) comenzó descartando la admisibilidad de varias de las cuestiones planteadas por los tribunales italianos (el Tribunal Constitucional salió intacto de la poda), por tener carácter hipotético. Retomando las cuestiones planteadas, el Tribunal abordó si la norma europea se opone a la contratación de interinos, sin límites temporales, mientras duran los procesos de cobertura de vacantes, sin posibilidad de indemnización. El Gobierno griego señaló que la enseñanza es un sector con necesidades

específicas y que por lo tanto no debía aplicarse la Directiva. El Tribunal contestó a tal alegación que no está excluido ningún sector particular del ámbito de aplicación y que por lo tanto la Directiva rige plenamente para las actividades educativas.

A continuación llevó a cabo una extensa exposición distinguiendo entre los deberes que impone la Directiva de combatir la utilización sucesiva de contratos temporales y los instrumentos, variados, de los que disponen los Estados para lograrlo. Así, reconoció la existencia de un margen de apreciación, pudiendo algunos optar por medidas distintas de la transformación en contrato indefinido. El Tribunal de Justicia encomendó a los órganos nacionales comprobar si las disposiciones alternativas italianas conseguían el objetivo marcado por la Directiva y se daban las debidas garantías de prevención.

El Tribunal nunca examina situaciones internas. Pero en éste, como en muchos otros casos, puede ofrecer precisiones destinadas a orientar a los órganos nacionales en la apreciación encomendada. El primer aspecto abordado fue la existencia de medidas de prevención de la utilización abusiva de contratos encadenados. En la legislación italiana nada lo impide, de ahí que el Tribunal buscara las razones objetivas que podrían justificar dicho encadenamiento: «circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada». Recordó, así mismo, como ya ha sostenido repetidamente, que una autorización general y abstracta no cumple esa exigencia, incluso aunque esté recogida formalmente en una ley.

El Tribunal aceptó, inicialmente, que en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la enseñanza, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad,

de permiso de maternidad o de permiso parental, u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede constituir una razón objetiva, justificando tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de las necesidades que surgieran. Entendió además justificada la reserva de las plazas indefinidas a quienes superan un proceso de selección.

Ahora bien, al abordar las sustituciones de muy larga duración, el Tribunal sacó a relucir su jurisprudencia anterior: «la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, no está justificada». Consecuencia de ello, «se han de examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores».

El sistema italiano, como resultaba de las explicaciones del Gobierno, era aleatorio e imprevisible. Era muy difícil saber cuánto iba a durar un proceso de selección y cuánto tiempo podría durar la cobertura de una vacante o la titularización por el paso de los años. De acuerdo con los datos presentados, hasta el 61% del personal administrativo y de servicios en determinados centros podía estar contratado con modalidades temporales. La conclusión del Tribunal fue tajante: no parece existir medida alguna de prevención de la utilización abusiva de los contratos temporales encadenados.

El segundo punto que centró la atención del Tribunal fue la existencia de medidas de sanción de los encadenamientos de contratos. O más bien la inexistencia, porque de acuerdo con la legislación italiana, no era posible la

transformación en contratos indefinidos ni se tenía derecho a indemnización alguna por la utilización abusiva. La única medida existente era «quien resiste, gana», la titularización a través de la progresión en la lista de aptitud por el paso del tiempo. Para la sentencia, este sistema no era una sanción efectiva y disuasoria que cumpliera con los objetivos de la Directiva. El fallo, en conclusión, fue señalar la contradicción del Derecho italiano con la norma de la Unión Europea. Releída con ojos de 2016, es difícil no ver en esta sentencia el heraldo de lo que vendría en dicho año.

En otro campo, tuvo gran relevancia la sentencia de 5 de febrero de 2015, *Grima Janet Nisttahuz Poclava y Jose María Ariza Tolezano*, asunto C-117/14 (ECLI:EU:C:2015:60). En ella se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, a propósito del contrato de apoyo a los emprendedores regulado en la Ley 3/2012. Se trató de un pronunciamiento que tuvo un amplio eco en los medios de comunicación, más allá del mundo jurídico. Este litigio, por otra parte, se unió a la ya apreciable tendencia detectada en los órganos judiciales españoles de buscar alternativas a las reformas laborales de los últimos años en instancias supranacionales, con mayor o menor fortuna.

El litigio original era un proceso de despido iniciado por una trabajadora de nacionalidad boliviana, a la que se había hecho un contrato de apoyo y cuyo empresario –en el sector de la hostelería– desistió a los cuatro meses. La trabajadora, como consecuencia de ello, reclamó por despido improcedente.

En este caso concreto, la duda se planteaba a propósito de la compatibilidad entre el periodo de prueba y la Directiva 1999/70/CE, sobre contratos de duración determinada. De acuerdo con la sentencia, el Juzgado de lo Social sostenía que la Ley 3/2012 «creó un contrato atípico de duración determinada por un año, susceptible de transformarse en un contrato por tiempo indefinido a la finalización del periodo de prueba». Otorgando esta naturaleza al contrato, pasaba a quedar incluido

en el ámbito de aplicación de la norma europea y hacía posible el examen del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia no se mostró receptivo ante este planteamiento. Entendió que la definición comunitaria no encaja con la de quien está sometido a un contrato de apoyo y que, por lo tanto, éste no es un contrato de duración determinada. De manera similar, señaló que la regulación del periodo de prueba es una cuestión de competencia nacional, aunque ésta deba ejercitarse dentro del respeto al Derecho de la Unión. Es una respuesta paralela a la que el Tribunal había dado, años atrás, a las cuestiones prejudiciales planteadas a propósito del *contrat nouvelles embauches* francés a través del auto *Polier*.

Las restantes objeciones planteadas por el Juzgado de lo Social a propósito de los Convenios de la OIT y de la Carta Social Europea fueron rechazadas en términos de competencia del propio Tribunal, que señaló que no puede llevar a cabo interpretaciones de textos internacionales distintos del Derecho de la Unión. En el caso de la Carta Social Europea, este rechazo debería haber sido más cuidadosamente matizado por parte del Tribunal de Justicia. No ha de olvidarse que el artículo 151 TFUE proclama dicho texto como uno de los principios inspiradores de la Política Social de la Unión Europea.

En definitiva, esta sentencia descarta que el contrato de apoyo de emprendedores sea contrario al Derecho de la Unión Europea. Pero lo hace por motivos que no son de fondo: no hay normativa europea con la que contrastar. El rechazo se hace en términos competenciales. No hay un aval europeo a la legislación española, sino la constatación de la falta de contradicción con una normativa supranacional inexistente<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> N. M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, «El contrato de apoyo a los emprendedores y el artículo 30 CDFUE. Reflexiones a propósito de la STJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-117/14, *Nisttahuz Poclava*», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40, 2015.

La sentencia de 9 de julio de 2015, *María José Regojo Dans y Consejo de Estado*, asunto C-177/14, (ECLI: EU:C:2015:450) resolvió una cuestión elevada por la Sala III del Tribunal Supremo a propósito del derecho a la percepción de trienios del personal eventual regulado en la Ley 7/2007. La demandante en el litigio original había prestado servicios como personal eventual durante más de treinta años en altas Instituciones del Estado. Desde el Consejo de Estado, su actual puesto de trabajo, solicitó el reconocimiento de los trienios oportunos y el abono de los cuatro últimos años. Denegada su petición, impugnó la decisión ante la Sala III, que decidió consultar al Tribunal en Luxemburgo.

La primera pregunta estaba encaminada a determinar si el personal eventual regulado en el EBEP tiene un contrato de duración determinada, en el sentido de la Directiva 1999/70/CE. La respuesta del Tribunal era previsible, puesto que encaja en una línea jurisprudencial muy consolidada: «la Directiva 1999/79 y el Acuerdo marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleado». Los elementos de confianza y discrecionalidad que caracterizan a este tipo de personal no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal. De aceptarse, se desvirtuaría la eficacia real de la Directiva, que podría ser burlada fácilmente por los Estados miembros.

La segunda parte de la cuestión prejudicial apuntaba, una vez más, a la existencia de razones objetivas que pudieran justificar el trato diferente y la exclusión del pago. Los argumentos expuestos por el Gobierno español indicaban que el personal eventual es una categoría profesional distinta del resto de categorías de empleados públicos, tanto en sus relaciones de servicio, sus cometidos o las funciones que desempeñan, como en los criterios de selección o su régimen retributivo. El sistema de nombramiento y cese justificaría además el régimen retributivo (razonamiento un tanto perverso, en tanto que una mayor vulnerabilidad implica una nueva desventaja).

Si lo alegado por el Gobierno implicara el ejercicio específico de una función vinculada a la autoridad pública, el Tribunal de Justicia no vería problema. Pero si las tareas desempeñadas eran de colaboración administrativa, como parecía ser el caso, el Tribunal Supremo debía examinar su semejanza con las de funcionario de carrera. Si eran similares, existiría el derecho a trienios, sin que ninguno de los motivos presentados por el Gobierno se equipara con las razones objetivas contempladas en la Directiva para eximir del trato igual<sup>18</sup>.

## 5.2. Tiempo de trabajo

En la sentencia de 3 de mayo de 2012, *Georg Neidel y Stadt Frankfurt am Main*, asunto C-337/10 (ECLI:EU:C:2012:263), volvieron a aparecer bomberos alemanes como protagonistas de los litigios, a propósito del derecho del interesado a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en el momento de su jubilación.

En los años previos a su jubilación, las partes en el litigio principal consideraban que el Sr. Neidel tenía derecho, en total, a 31 días de vacaciones en 2007, a 35 días en 2008 y a 34 días en 2009. De estos días de vacaciones sólo había disfrutado 14, correspondientes al año 2007 (de la lectura de la sentencia parece deducirse que la causa fue la enfermedad, pero no queda del todo claro). Por lo tanto, le quedaba pendiente el derecho a disfrutar de 86 días de vacaciones, que equivalían a un importe de 16.821,60 euros brutos. Solicitó en consecuencia que se le abonara ese importe como compensación económica por las vacaciones no disfrutadas, lo que fue denegado por la Administración alegando que el Derecho alemán de la función pública no prevé el pago de los días de vacaciones no disfrutados. Además, la Administración señaló que el ar-

<sup>18</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «El derecho a trienios del personal eventual de las Administraciones Públicas y la STJUE de 9 de julio de 2015», *Diario La Ley*, 8591, 2015.

título 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE («El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral») no era aplicable a los funcionarios y que, en todo caso, la jubilación no estaba comprendida en el concepto de «conclusión de la relación laboral», en el sentido de dicho precepto. Ante las dudas surgidas, el Tribunal alemán elaboró seis preguntas para el Tribunal, que éste agrupó para su resolución.

La primera de ellas carecía de auténtica enjundia. El Tribunal ya había afirmado que la normativa sobre tiempo de trabajo se aplica «a todos los sectores de actividades, públicas o privadas, con el fin de promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo y de regular determinados aspectos de la ordenación de su tiempo de trabajo». Las excepciones a esta regla deben ser interpretadas restrictivamente y nada incluye a los bomberos en ellas («carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, así como si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado. Tales calificaciones jurídicas, en efecto, varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuada a las exigencias del Derecho de la Unión»).

Afirmada la pertinencia en el caso de la Directiva, el Tribunal procedió a su interpretación. Conectando la obligatoriedad del disfrute de las vacaciones (que ha llegado a caracterizar como un auténtico derecho fundamental) con la compensación económica por la falta de disfrute al final de la relación, la sentencia consideró que el Sr. Neidel tenía pleno derecho a su percepción. En este punto, el Tribunal reprodujo buena parte de su doctrina en la sentencia *Schultz-Hoff*.

Abordando conjuntamente tres de las preguntas formuladas, la sentencia consideró que los Estados miembros están legitimados para establecer, según el origen de la baja médica del trabajador, una duración de las vacaciones

anuales retribuidas igual o superior al período mínimo de cuatro semanas garantizado por la Directiva 2003/88/CE. En consecuencia, les corresponde, por una parte, decidir si conceden a los funcionarios el derecho a unas vacaciones retribuidas adicionales además del derecho a las vacaciones anuales retribuidas por un período mínimo de cuatro semanas, pudiendo establecer o no el derecho del funcionario que se jubila a una compensación económica si no ha podido disfrutar de esos derechos adicionales por no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad y, por otra parte, fijar los requisitos de dicha concesión. Por este motivo, no había oposición con el Derecho de la UE en los días suplementarios.

En último lugar, retomó una materia que ya había analizado en la sentencia *KHS*, el plazo de tiempo durante el cual pueden disfrutarse unas vacaciones postergadas. Recuperando sus argumentos de la mencionada sentencia, el Tribunal afirmó que todo período de aplazamiento debe tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se encuentra un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios períodos de devengo consecutivos. Así pues, el período mencionado debe garantizar, en particular, que el trabajador pueda disfrutar, si fuera preciso, de períodos de descanso susceptibles de ser escalonados, planificables y disponibles a más largo plazo, y rebasar sustancialmente la duración del período de devengo por el que se concede. Por todo ello, la sentencia proclamó que los nueve meses recogidos en la legislación aplicable en el caso no eran suficientes y por lo tanto debían considerarse contrarios al Derecho de la UE.

La más relevante de las sentencias en materia de vacaciones, por haber tenido su origen en España y en concreto en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, fue la sentencia de 21 de junio de 2012, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)* y *Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA)*, *Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO)*, *Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hoste-*



lería, Turismo y Juego de UGT, Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CCOO, asunto C-78/11 (ECLI:EU:C:2012:372).

El núcleo jurídico del proceso era la anterior redacción del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores y de su concordante artículo 37 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. La interpretación que la ANGED daba de este artículo era que los trabajadores que se encontrasen en situación de incapacidad laboral temporal antes del inicio de un período de vacaciones inicialmente fijado, o durante ese período, no tenían derecho a disfrutar de sus vacaciones en un momento posterior al término de la incapacidad temporal, salvo que se tratase de las situaciones expresamente contempladas en el mencionado convenio colectivo, es decir, los supuestos previstos en el artículo 48, apartado 4, del Estatuto.

En un primer litigio, la Audiencia Nacional reconoció el derecho al disfrute en caso de coincidencia con situaciones de incapacidad temporal. Llegado el asunto al Tribunal Supremo. Éste consideró que, de acuerdo con la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, la materia estaba clara, pero consideró pertinente plantear la cuestión prejudicial si la incidencia del proceso de incapacidad temporal acontecía de forma sobrevenida durante el período de su disfrute.

Para contestar, el Tribunal de Justicia esbozó un resumen de su doctrina anterior sobre las vacaciones, recordando su condición de principio esencial del ordenamiento comunitario, su consagración en la Carta de Derechos Fundamentales y la necesidad de su interpretación de forma amplia. Retomando lo dicho en la sentencia *Vicente Pereda*, la sentencia puso de manifiesto que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento, mientras que el derecho a causar baja por enfermedad se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad.

Continuando en este hilo, el Tribunal señaló que, «sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas (...) conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el período de vacaciones anuales retribuidas». Por añadidura, la sentencia recordó que el nuevo período de vacaciones anuales –que se corresponde con la duración del solapamiento entre el período de vacaciones anuales inicialmente fijado y la baja por enfermedad–, del que el trabajador puede disfrutar una vez dado de alta médica, puede fijarse, en su caso, fuera del período de referencia de las vacaciones anuales en cuestión.

Realmente, esta sentencia no hace sino afirmar lo que podía intuirse desde *Vicente Pereda* y *Schultz Hoff*. Ahora bien, la declaración es tan clara y rotunda que todas las dudas doctrinales y jurisprudenciales han quedado despejadas: vacaciones por encima de cualquier inconveniente.

Aunque no fuera planteada por órganos españoles, tuvo gran repercusión la sentencia de 22 de mayo de 2014, *Z. J. R. Lock y British Gas Trading Limited*, asunto C-539/12 (ECLI:EU:C:2014:351). El demandante original era un trabajador británico cuya remuneración se componía de un salario fijo y comisiones devengadas en función de sus ventas, que se pagaban con semanas o meses de diferencia a su consecución. Lógicamente, durante el disfrute de sus vacaciones no pudo generar actividad alguna que repercutiese en sus retribuciones futuras (sí cobraba las comisiones adeudadas por actividades anteriores). Considerando que de esta situación podía derivarse un perjuicio contrario a la Directiva 2003/88/CE, se planteó la cuestión prejudicial.

La empresa empleadora y el Gobierno británico señalaban que se respetaba la norma europea, puesto que durante el transcurso de las vacaciones el trabajador seguía percibiendo sus retribuciones ordinarias. El Tribunal no acogió este razonamiento, señalando que el

evidente perjuicio económico que se produce a posteriori por el disfrute de las vacaciones está directamente vinculado con éstas y puede disuadir a los trabajadores del ejercicio de su derecho. En un razonamiento parecido al que hizo en *Coleman* a propósito de la discriminación, aquí las vacaciones son consideradas como la fuente objetiva del trato peyorativo, aunque esté temporalmente deslocalizado.

Dicho esto, la obvia continuación de la cuestión prejudicial era determinar cuánto se debía pagar al trabajador como «retribución media» a partir de las ventas no realizadas. El Tribunal expuso una serie de criterios ya utilizados anteriormente en sus pronunciamientos. En primer lugar, recordó lo dicho en la sentencia *Williams*: «se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales». También subrayó que «los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales», pero que «los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales». Y en una de sus piruetas habituales, encomendó al órgano nacional calcular cómo se traducía esta indicación

La sentencia de 12 de junio de 2014, *Gülal Bollacke y K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG*, asunto C-118/13 (ECLI:EU:C:2014:1755), abordó un aspecto inusitado de la interrupción anual: las vacaciones de un muerto. En el momento de su fallecimiento, el Sr. Bollacke acumulaba 140,5 días de vacaciones no disfrutadas, por el encadenamiento de diversas situaciones de incapacidad temporal. Su viuda exigió una

compensación financiera por ellas, negándose la empresa, al considerar que la transmisión mortis causa no era posible.

La sentencia resolvió con rapidez la cuestión prejudicial. Comenzó recordando que el Tribunal de Justicia ya ha señalado anteriormente que una vez finalizada la relación laboral, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo de las vacaciones anuales retribuidas. Para evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria, la Directiva 2003/88/CE prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación financiera.

Sentado este precedente, el Tribunal apuntó varios argumentos. En primer lugar, la Directiva no contiene ningún requisito para proceder al cobro de la compensación que no sea la extinción del contrato. Esta compensación protege el efecto útil de la Directiva: «En efecto, si la obligación de pago de las vacaciones anuales cesara al finalizar la relación laboral por el fallecimiento del trabajador, tal circunstancia tendría como consecuencia que un hecho fortuito, que escapa del control tanto del trabajador como del empleador, supondría la pérdida total del propio derecho a las vacaciones anuales retribuidas, como recoge el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE». El razonamiento no es del todo consistente, podría objetarse, pero el Tribunal, en su línea de defensa a ultranza del derecho a vacaciones, se ha pronunciado con contundencia. La conclusión de la sentencia fue, en definitiva, que procedía el pago de las cantidades adeudadas a la viuda del trabajador.

En materia distinta de vacaciones, para concluir, fue de gran importancia la sentencia de 10 de septiembre de 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras y Tyco Integrated Security, S.L., Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A.*, asunto C-266/14 (ECLI:EU:C:2015:578). Se trató de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a propósito del cómputo del tiempo de trabajo del

personal de una empresa dedicada a la instalación y mantenimiento de sistemas de detección de intrusión y sistemas antihurto en comercios.

La empresa disponía de unas únicas oficinas centrales en Madrid, tras el cierre de las periféricas. Para la actividad fuera de la capital, los trabajadores disponían de vehículos en los que se desplazaban desde su domicilio hasta las empresas que contrataban los servicios para llevar a cabo las instalaciones pertinentes. Así mismo, tenían que desplazarse regularmente a un centro logístico para la recogida de material. El problema surgió porque la empresa no computaba como tiempo de trabajo el desplazamiento desde el domicilio hasta el primer cliente, y la jornada concluía al salir del establecimiento del último cliente, sin contabilizar el tiempo empleado en el retorno al domicilio del trabajador. La pregunta planteada por la Sala intentaba determinar si ese desplazamiento era tiempo de trabajo o tiempo de descanso.

La importancia de la cuestión planteada queda de manifiesto al constatar que la Comisión Europea y cuatro Gobiernos, incluyendo el español, presentaron observaciones en el caso, situación no muy habitual. En líneas generales, la Comisión e Italia se alinearon con las pretensiones de CCOO, mientras que España, República Checa y el Reino Unido respaldaban la posición empresarial.

La sentencia inició su argumentación recordando la especial relevancia que tienen las disposiciones sobre tiempo de trabajo en el acervo de la Unión Europea. Señaló, además, que no existe una situación intermedia entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso: o se está en uno o se está en el otro.

La empresa alegó que, dado que sus funciones consisten en instalar sistemas de alarma, desplazarse no forma parte de esas tareas. Tan pobre alegación fue rápidamente desechada por el Tribunal de Justicia. Esos desplazamientos son, en palabras del Tribunal refrendando al Abogado General, «el instrumento necesario para ejecutar presta-

ciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros de estos clientes». La solución contraria conduciría a una interpretación absurda del tiempo de trabajo del personal de esta empresa. Contra ella, además, jugaba el hecho de que, antes de una reorganización que condujo a la centralización en Madrid de las oficinas, este tiempo sí se computaba cuando los trabajadores estaban en las sedes provinciales. Por ello, el Tribunal concluyó que esta situación cumplía el primer requisito para ser considerada como tiempo de trabajo: estar en ejercicio de su actividad o de sus funciones.

El segundo requisito de la definición comunitaria es hallarse a disposición del empresario, lo que se traduce en obedecer sus instrucciones y trabajar por su cuenta. La empresa consideraba que la autonomía de la que disfrutaban los trabajadores al principio y al final de la jornada desdibujaba la idea de tiempo de trabajo. Esta posición fue respaldada por los Gobiernos español y británico, que parecían tener una pobre opinión de los trabajadores, dedicados supuestamente a sus asuntos personales en este periodo. El Tribunal descartó el argumento, señalando que en la práctica anterior se permitía; y que si tal fraude existía, el empresario debía poner en práctica las debidas medidas de control y no usar el mecanismo estudiado.

El tercer elemento de la definición es la permanencia en el centro de trabajo. Obviamente, en el caso de trabajadores móviles, este punto debe ser matizado. Como señaló el Abogado General, en un razonamiento incorporado a la sentencia, «toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario».

El Tribunal consideró, con un notable sentido de justicia social, que los trabajadores no pueden cargar con las consecuencias de la decisión empresarial de centralizar sus oficinas. Aceptar que el desplazamiento es tiempo

de descanso sería, por lo demás, una decisión perjudicial para la protección de la seguridad y la salud.

El punto negro de esta sentencia se encuentra al final. Ante la sugerencia británica de que esta decisión aumentaría los costes empresariales, el Tribunal señaló que la empresa «sigue siendo libre para determinar la retribución del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes». Abre así el Tribunal a una dudosa doble escala salarial que diferenciaría entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de desplazamiento, con diferentes remuneraciones. Pero, en cualquier caso, esta situación es una posibilidad, cuya puesta en práctica sólo puede llevarse a cabo en el ámbito nacional.

En balance, la sentencia es revolucionaria. La regla del artículo 34.5 ET, fijando el cómputo de forma de manera que «tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo», se enfrenta así a la contemporaneidad. La determinación «geográfica» deja su lugar a la subordinación «espiritual»: frente a un lugar se ha de considerar la efectiva sumisión al poder empresarial<sup>19</sup>.

### 5.3. Insolvencia empresarial

La sentencia de 18 de abril de 2013, *Meliha Veli Mustafa y Direktor na fond «Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitelite» kam Natsionalna osiguriteln institut*, asunto C-247/12 (ECLI:EU:C:2013:256), aporta un nuevo caso búlgaro a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en esta ocasión a propósito de la insolvencia empresarial.

La Sra. Mustafa trabajaba en una empresa declarada en situación de insolvencia, que le adeudaba diversas cantidades. Solicitadas éstas al Fondo búlgaro de protección, le fueron

denegadas. Por una parte, se indicó que la solicitud no se había presentado en el plazo legal de 30 días a partir de la fecha de inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia y, por otra parte, el crédito alegado había nacido tras la citada inscripción. Según el Fondo de garantía, éste sólo cubre los salarios e indemnizaciones compensatorias de vacaciones impagados nacidos durante los últimos seis meses civiles anteriores al mes en el cual se inscribe en el Registro Mercantil la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia. Detectando los tribunales búlgaros una posible incompatibilidad entre el ordenamiento nacional y la Directiva 2008/94/CE, se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal afirmó que, para que se aplique la garantía prevista por la Directiva 2008/94/CE, deben cumplirse dos requisitos. Por una parte, debe haberse solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario y, por otra, debe haberse producido bien una decisión de apertura de dicho procedimiento, bien, en caso de insuficiencia del activo para justificar la apertura de tal procedimiento, una declaración del cierre definitivo de la empresa. Es decir, no es requisito que se ordene el cese de las actividades del empresario, situación contra la que reclamaba la demandante en el litigio original.

La sentencia consideró así mismo que la Directiva no obliga a una cobertura integral, sino que los Estados miembros, en su transposición, gozan de la facultad de determinar la fecha antes y/o, en su caso, después de la cual se sitúa el período durante el que la institución de garantía asume los créditos correspondientes a remuneraciones impagadas.

La conclusión final fue que la Directiva no obliga a los Estados miembros a establecer garantías para los créditos de los trabajadores en cada fase del procedimiento de insolvencia de su empresario. En particular, no se opone a que los Estados miembros establezcan una garantía únicamente para los créditos de los trabajadores generados antes de la inscripción

<sup>19</sup> J. CABEZA PEREIRO, «Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto tiempo de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, 2016, pp.36 ss.

ción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no ordene el cese de las actividades del empresario.

La segunda sentencia que se ocupó de la directiva sobre insolvencia empresarial fue la de 25 de abril de 2013, *Thomas Hogan, John Burns, John Dooley, Alfred Ryan, Michael Cunningham, Michael Dooley, Denis Hayes, Marion Walsh, Joan Power, Walter Walsh y Minister for Social and Family Affairs, Ireland, Attorney General*, asunto C-398/11 (ECLI:EU:C:2013:272). En este caso, la empresa insolvente tenía concertados distintos planes de pensiones, que en Irlanda tienen la consideración de prestaciones legales, y que al declararse la situación de concurso quedaron obviamente afectados. Como indicó la sentencia, «el actuario contratado por los demandantes en el litigio principal estimó que estos percibirían entre un 18 % y un 28 % de los importes a los que habrían tenido derecho si hubiesen recibido el valor real de sus derechos acumulados a la prestación de vejez. El actuario contratado por Irlanda, tras emitir varias críticas respecto del anterior cálculo, estimó que el referido porcentaje estaba comprendido entre el 16 % y el 41 % y que no alcanzaba el 49 % mencionado por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 25 de enero 2007, *Robins y otros*». Considerando que la norma irlandesa no era una transposición eficaz de la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional planteó diversas cuestiones al Tribunal de Justicia, buscando integrar la situación litigiosa en el marco de la legislación europea.

El Tribunal comenzó analizando la obligación impuesta a los demandantes en el litigio principal cuando fueron contratados de adherirse al plan de pensiones de empleo promovido por el empresario para el que trabajaban. De acuerdo con la sentencia, estos derechos a prestaciones de vejez en virtud de dicho plan de pensiones resultaban de los contratos o de las relaciones laborales que les vinculan al empresario, en el sentido de la Directiva 2008/94/CE, por lo que resultaba plenamente aplicable al caso.

En segundo lugar, el Tribunal descartó la alegación del Estado a propósito del cumplimiento de sus obligaciones con el abono de la pensión legal de Seguridad social debida. La respuesta contraria privaría de su efecto útil a la Directiva.

El siguiente aspecto del análisis trataba sobre las circunstancias concretas de la protección. Preguntaba el órgano nacional si bastaba que el plan de pensiones de empleo complementario no dispusiese de fondos suficientes cuando se produjese la insolvencia del empresario y que, debido a su insolvencia, el empresario no dispusiera de los recursos necesarios para realizar aportaciones suficientes a dicho plan de pensiones que permitiesen el pago íntegro de las prestaciones adeudadas a los partícipes en éste, o si era necesario que estos últimos demostraran que existían otros factores que dieron lugar a la pérdida de sus derechos a prestaciones de vejez. La primera posibilidad fue la que gozó del apoyo de la sentencia, al considerar que las concretas causas de la insolvencia carecían de relevancia a los efectos de la Directiva.

Las últimas cuestiones se refirieron al cumplimiento de Irlanda de las obligaciones de lo establecido en la sentencia *Robins*. Comparando el umbral de protección que resultaba de los datos ofrecidos al Tribunal, la sentencia afirmó con rotundidad que la legislación irlandesa no alcanzaba el umbral mínimo establecido en dicho pronunciamiento y que constituía un incumplimiento de Estado flagrante. Es ésta, probablemente, la más interesante de las sentencias de este período, por las implicaciones que puede tener para el funcionamiento del FOGASA.

#### 5.4. Transmisión de empresas

La importante sentencia de 18 de julio de 2013, *Mark Alemo-Herron y otros y Parkwood Leisure Ltd*, asunto C-426/11 (ECLI:EU:C:2013:521), volvió de nuevo sobre la directiva 2001/23/CE, sobre transmisión de empresas, uno de los campos más fecundos de la jurispru-



dencia del Tribunal de Justicia. En este caso, se trataba de la transmisión de parte de una actividad pública de uno de los distritos de Londres (ocio, concretamente) a una empresa privada para su gestión. Antes de la transmisión, se regía por la negociación colectiva del sector público, que posteriormente dejó de aplicarse. Contra esta decisión, los trabajadores acudieron ante los tribunales, invocando que sus contratos presentaban una «visión dinámica» de la negociación colectiva, que les hacía esperar la aplicación de los convenios pactados después de la transmisión.

El Tribunal comenzó recordando que la directiva admite que el cesionario no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión de la empresa, como ya ha puesto de manifiesto en sentencias anteriores. Aun aceptando que el mantenimiento indicado sería más favorable, la sentencia señaló la «vertiente económica» de la Directiva, que «pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de éstos, por una parte, y los del cesionario, por otra. Más concretamente, la Directiva indica que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad».

A continuación, el Tribunal recurrió a la Carta de Derechos Fundamentales para justificar su argumentación. Pero, en contra de lo previsto, el artículo examinado fue la libertad de empresa. La cuestión prejudicial hacía referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero tal mención fue pasada por alto por el Tribunal y reconvertida al ordenamiento de la UE. La sentencia utilizó como criterio hermenéutico la Carta, pero contra los intereses de los trabajadores. Las explicaciones orientativas proclaman la libertad contractual como un elemento esencial de la libertad de empresa. Con esa referencia, el Tribunal señaló que «la libertad contractual de este cesionario se ve gravemente reducida hasta el punto de que tal limitación puede afectar a la propia esencia de su derecho a la libertad de empresa.»

Y como consecuencia de ello, consideró que la directiva permite establecer cláusulas que desvinculen al cesionario de los convenios colectivos del futuro. La negociación colectiva «dinámica» no parece tener su hueco, al menos desde el sector público, en el marco de la directiva 2001/23/CE. Desafortunada aparición de la Carta de Derechos, que parece dar la razón a los agoreros que veían en ella un Caballo de Troya y no un baluarte de la Europa social<sup>20</sup>.

La sentencia de 6 de marzo de 2014, *Lorenzo Amatori y otros y Telecom Italia SpA, Telecom Italia Information Technology Srl, anteriormente Shared Service Center Srl*, asunto C-458/12 (ECLI:EU:C:2014:124), estudió a su vez un caso particular de transmisión de empresas, concretamente la de una parte de la empresa que no constituía una unidad económica fundamentalmente autónoma.

Como es sabido, para determinar la existencia de «transmisión» de la empresa en el sentido de la Directiva 2001/23/CE, el criterio decisivo es determinar si la unidad de que se trata mantiene su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario. El Tribunal recordó a este propósito su jurisprudencia anterior, señalando que la unidad económica debe, con anterioridad a la transmisión, «gozar de una autonomía funcional suficiente, refiriéndose el concepto de autonomía a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas entre los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario». La sentencia subrayó especialmente el uso de la palabra «conserva» en el texto de la directiva, lo cual implica necesariamente la preexistencia de la autonomía antes de la transmisión.

<sup>20</sup> P. RÉMY, «L'arrêt «Alemo-Herron» de la CJUE et la directive transfert: faut-il encore prendre au sérieux la Cour de justice?», *Revue de droit du travail*, 12, 2013, pp. 789-797.

Por lo tanto, de no haber autonomía, la transmisión estaría fuera del ámbito de la Directiva. Ésta, no obstante, no prohíbe a los Estados establecer el mantenimiento de derechos en este tipo de transmisiones, dado que este tipo de normas siempre permite un tratamiento más favorable.

La última parte de la sentencia se centra en el hecho de que el cedente seguía ejerciendo poderes de control significativo sobre el cesionario. A ojos del Tribunal, nada justificaba que la unidad del comportamiento en el mercado de la sociedad matriz y de sus filiales prevaleciera sobre la separación formal entre estas sociedades que tienen personalidades jurídicas distintas. En efecto, «una solución de esta naturaleza, que tendría la consecuencia de excluir las transmisiones entre sociedades de un mismo grupo del ámbito de aplicación de la Directiva, iría precisamente en contra del objetivo de ésta, que es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente».

Procedente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la sentencia de 26 de noviembre de 2015, *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Luis Aira Pascual, Algeposa Terminales Ferroviarios, S.L., Fondo de Garantía Salarial*, asunto C-509/14 (ECLI:EU:C:2015:781), se pronunció a propósito del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en un caso de sucesión empresarial.

El trabajador que da nombre al caso prestaba sus servicios en una empresa que gestionaba, como contratista de ADIF, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de Bilbao. Próximo el fin de la contrata, ADIF pasó a realizar por sí mismo ese servicio, con negativa expresa a subrogarse en los derechos y obligaciones de la contratista frente a su personal. La empresa procedió entonces a ejecutar un despido colectivo, en el que el trabajador perdió su puesto

de trabajo. El Juzgado de lo Social de Bilbao declaró el despido improcedente, si bien el TSJ albergaba dudas sobre si lo sucedido encajaba en la noción de la Directiva de transmisión de empresas, por lo que se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal comenzó recordando que la Directiva 2001/23/CE es de aplicación plena a las empresas públicas, incluso cuando son titulares de un servicio público y no un mero operador mercantil. Recordó, así mismo, conforme a su jurisprudencia anterior (especialmente el caso *CLECE*, también originado en España), que esta norma es aplicable a una situación en la que una empresa que confía a otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma esas tareas, por lo que en este caso resultaba plenamente invocable.

El análisis más complejo derivaba de la determinación de si la situación estudiaba encajaba o no en la noción jurisprudencial de transmisión. Para ello, y ya son largos años de doctrina acumulada, tiene que estarse ante «una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio». La determinación final era una tarea que correspondía al TSJ, pero conforme a su línea de actuación el Tribunal de Justicia ofreció al órgano nacional una serie de elementos que debía tener en cuenta.

En primer lugar, la importancia de la mano de obra. Si ésta es decisiva en la actividad, para el mantenimiento de la entidad será necesario el traspaso de la mayor parte de la plantilla. Sin embargo, objetó el Tribunal, el equipamiento tiene un papel muy relevante en la actividad estudiada. En segundo lugar, dicho equipamiento siempre había pertenecido a ADIF, si bien la jurisprudencia ya había indicado anteriormente que este elemento de propiedad carece de relevancia a la hora de excluir la sucesión de empresa. En tercer lugar, la sentencia señaló que el Tribunal de Justicia

ya ha declarado que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad no excluye por sí solo la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, si la actividad se basa esencialmente en el equipamiento. Una interpretación diferente iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aun en contra de la voluntad del cesionario<sup>21</sup>.

### 5.5. Despido colectivo

Un tema estrella de 2015 fue, sin duda, el despido colectivo. Primeramente, en el marco de quince días, el Tribunal de Justicia dictó tres sentencias sobre esta materia, una de ellas resolviendo un caso originado en España. Merece la pena señalar que fueron objeto de unas únicas Conclusiones del Abogado General Wahl, aunque fueran resueltas por separado y no como asuntos acumulados.

La primera de ellas fue la sentencia *Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) y B. Wilson contra WW Realisation 1 Ltd y otros*, de 30 de abril, asunto C-80/14 (ECLI:EU:C:2015:291). Los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial fueron los despidos de miles de trabajadores en cadenas de venta al público, realizados en establecimientos de un tamaño inferior al previsto por la Directiva para dar lugar a la protección por despido colectivo. Docenas de despidos por causas económicas, en definitiva, que agregadamente superaban a la mayor parte de los despidos en el Reino Unido durante los años de crisis, pero que seguían siendo considerados como despidos individuales.

El *quid* de la cuestión era la interpretación del término «centro de trabajo». De acuerdo con la sentencia *Rockfon*, éste debe tener una noción comunitaria: «aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido», sin que importe el hecho de tener una dirección facultada para realizar por sí misma los despidos. En la posterior sentencia *Athinaiiki Chartopoiia*, el Tribunal precisó más la definición: «una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas». De esta sentencia se desprendía claramente la diferencia entre «empresa» y «centro de trabajo».

Ya en el caso concreto, el Tribunal negó trascendencia alguna al hecho de que en algunas versiones lingüísticas se hable de «centro de trabajo» y en otras de «centros de trabajo». Éste fue el primer paso para negar cualquier interpretación que pudiera hacer un estudio acumulado de los despidos realizados, puesto que éste volvería impracticable en muchos casos el periodo de consultas, a pesar de su intención protectora. La solución, en definitiva, fue excluir de la protección comunitaria a situaciones como la descrita.

Por su parte, la sentencia de 13 de mayo de 2015, *Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited*, asunto C-182/13 (ECLI:EU:C:2015:317), volvió a insistir en la caracterización del centro de trabajo conforme al Derecho británico (en este caso en Irlanda del Norte, que cuenta con una norma propia de transposición cuyo contenido es idéntico al examinado en *USDAW*). Los hechos eran también similares: un número de despidos en centros de trabajo pequeños que, agregados, afectaban a más de un centenar de personas pero que, considerados por separado, nunca llegaban a los umbrales de la Directiva.

El razonamiento judicial fue exactamente el mismo que en *USDAW*, con párrafos idé-

<sup>21</sup> A. VALENCIANO SAL, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto G-509/14 (Luis Aira Pascual/Algeposa Terminales Ferroviarios, S.L./Fondo de Garantía Salarial) de 26 de noviembre de 2015», *Revista de derecho social*, 72, 2015, pp. 133-148.

ticos para llegar a la misma conclusión. Cada una de las tiendas fue considerada como un centro de trabajo autónomo y, por lo tanto, el marco en el que ha de considerarse la existencia del despido colectivo.

De las tres sentencias, la más relevante a los efectos de esta crónica fue la de 13 de mayo de 2015, *Andrés Rabal Cañas y Nexea Gestión Documental, S.A., Fondo de Garantía Salarial*, asunto C-392/13 (ECLI:EU:C:2015:318). El trabajador afectado prestaba sus servicios en un centro de trabajo en Barcelona de una empresa del grupo Correos. Dicho centro de trabajo constaba de 20 trabajadores, mientras que otro en Madrid disponía de 164. A lo largo de varios meses, se fueron produciendo sucesivas extinciones de contratos de trabajo en ambos, que condujeron finalmente al cierre del centro de trabajo de Barcelona, con 13 extinciones y traslados de los restantes trabajadores a Madrid. En el transcurso del juicio por la impugnación del despido, al órgano jurisdiccional, una vez más el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, se le plantearon diversas dudas sobre la transposición de la Directiva 98/59/CE al ordenamiento español.

La cuarta de ellas, en el orden de planteamiento, era si la noción de centro de trabajo de la Directiva se correspondía con la de empresa del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, entendido como transposición más beneficiosa. El Tribunal recordó toda su jurisprudencia al respecto, incluyendo las dos sentencias que se acaban de exponer, para concluir, a diferencia de todas las anteriores, que «la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo»».

Todo ello condujo a descartar la aplicación de la Directiva al caso de autos, que no debía ser considerado en modo alguno como despido colectivo. Eso impidió que el Tribunal de Justicia analizara la interesantísima primera cuestión planteada, que no es descartable que reaparezca en años venideros: «¿El concepto de «despido colectivo» establecido en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, al comprender en su ámbito a todos «los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», según el umbral numérico que se establece, debe ser interpretado –dado su alcance comunitario– en el sentido que impide o se opone a que la norma de traslación o trasposición nacional restrinja el ámbito del mismo a solamente determinado tipo de extinciones, las que respondan a causas «económicas, técnicas, organizativas o productivas», como hace el artículo 51.1 del [ET]?».

El Tribunal sí abordó, en cambio, la segunda pregunta, si han de tenerse en cuenta igualmente las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada. La sentencia consideró que estas extinciones tienen su causa propia, «las cláusulas que contienen o la normativa aplicable», y que el Derecho de la UE cuenta con herramientas suficientes para su control. Eso sí, cabe inferir que las extinciones que respondan a otros motivos podrían ser incluidas en la definición de causas no inherentes a las personas de los trabajadores.

El Tribunal también respondió a la tercera pregunta, si era necesario que la causa de los despidos se derivase de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea. Tajantemente, zanjó que no cabe imponer esta exigencia adicional, que obstaculizaría el funcionamiento de la Directiva. Cabe preguntarse, para con-

cluir, por qué sí se puede responder a la segunda y a la tercera pregunta, y no a la mucho más interesante primera planteada...<sup>22</sup>

Testimonio del tiempo de crisis, en la sentencia de 9 de julio de 2015, *Ender Balkaya y Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, asunto C-229/14 (ECLI:EU:C:2015:455), se volvió sobre la materia. El Tribunal ha declarado que el miembro de la dirección de una sociedad de capital, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad, debe ser tenido en cuenta a la hora de calcular los umbrales de despido colectivo. Así mismo, una persona que realiza una actividad práctica en una empresa, como trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en éstos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad, reconocida por este organismo, debe ser computada a la hora de calcular los umbrales de despido colectivo.

Para rematar la serie de pronunciamientos, la sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Cristian Pujante Rivera y Gestora Clubs Dir, S.L., Fondo de Garantía Salarial*, asunto C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743), estudió el proceso de reestructuración en una empresa barcelonesa cuya plantilla constaba de 126 empleados (varios de ellos con contrato temporal).

Entre los días 16 y 26 de septiembre de 2013, la empresa llevó a cabo diez despi-

dos individuales por causas objetivas, entre ellas la del Sr. Pujante. Durante los 90 días anteriores habían tenido lugar 17 extinciones por fin del servicio objeto del contrato, 1 por realización de la tarea prevista, 2 bajas voluntarias, 1 despido disciplinario reconocido e indemnizado como improcedente y 1 extinción contractual a instancia de la trabajadora con arreglo al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. El meollo de la cuestión residía en parte en esta última, ya que se derivaba de una modificación sustancial de condiciones de trabajo justificada por las mismas causas que habían dado lugar a las extinciones. En conciliación, la empresa había aceptado que ésta iba más allá de los límites del artículo 41 ET y reconocido la extinción conforme al artículo 50 ET. En este marco, al titular del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (autor de la cuestión *Rabal Cañas*), se le plantearon varias dudas de interpretación de la Directiva sobre despidos colectivos, que procedió a elevar al Tribunal de Justicia.

La primera de ellas versaba sobre si los trabajadores con contrato temporal deben ser computados o no a la hora de establecer el tamaño de la plantilla para el cálculo de los umbrales del despido colectivo. En el presente caso este aspecto tenía importancia vital, ya que los porcentajes eran muy próximos al 10%. Recuérdese que las extinciones por final de estos contratos no computan a la hora de establecer ese porcentaje. El Tribunal no tuvo duda alguna a la hora de entender a estos trabajadores incluidos en la noción comunitaria de la Directiva. El análisis más detallado debía recaer entonces en la habitualidad que la norma de la UE exige. Contra el criterio expuesto en la cuestión planteada, la sentencia consideró que sí existe, puesto que su exclusión podría privarles de la protección con la que cuentan en caso de una terminación anticipada.

La segunda pregunta fue respondida de forma más breve. Se refería al número mínimo de cinco despidos para que el mecanismo del despido colectivo entre en funcionamiento.

<sup>22</sup> Sobre el conjunto de estas sentencias M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 2015, pp.105 y ss.; M. E. CASAS BAAMONDE, «Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 2015, pp.373 y ss.



De acuerdo con el Tribunal de Justicia, debe tratarse de despidos en sentido estricto, no de extinciones asimiladas. Éstas sólo computarán a los efectos de alcanzar el umbral una vez que se haya cubierto la «cuota mínima» de cinco despidos.

La tercera pregunta fue la que introdujo un elemento de mayor novedad: si la extinción derivada de la modificación sustancial debía ser considerada como despido como extinción asimilada. Para responder, el Tribunal comenzó recordando que de su jurisprudencia «se desprende que los despidos se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que,

en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva 98/59, se equiparan a los despidos por falta de consentimiento del trabajador». La extinción del artículo 50 ET es, sin duda, voluntaria, ya que proviene de la voluntad del trabajador. Pero, siguiendo la línea trazada por la Abogada General, el Tribunal señaló que esa voluntad era consecuencia directa de la modificación impuesta unilateralmente por el empresario. De ahí que concluyera, en una redacción no muy clara, que este tipo de extinciones (y no la modificación unilateral en sí misma, como dice el fallo) deben ser entendidas como un despido en sentido estricto<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La impugnación de la extinción individual del contrato de trabajo del trabajador afectado por un despido colectivo tras las últimas sentencias del Tribunal de Justicia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 2016, pp.550 y ss.